

DE

LITERARUM OBLIGATIONE,

ET

DE RATIONIBUS,

TAM DOMESTICIS, QUAM ARGENTARIORUM,

COMMENTATIONEM JURIS ROMANI

PRO VENIA DOCENDI AB ILLUSTRI JURISCONSULTORUM ORDINE IN ACADEMIA RUPERTO-CAROLINA RITE IMPETRANDA

PUBLICE PROPOSUIT AUCTOR

E. PAGENSTECHER,
DOCTOR JURIS.

HEIDELBERGAE.
Sumptibus J. C. B. Mohr.
1851.

p.

DE

LITERARUM OBLIGATIONE,

ET

DE RATIONIBUS,

TAM DOMESTICIS, QUAM ARGENTARIORUM,

COMMENTATIONEM JURIS ROMANI

PRO VENIA DOCENDI AB ILLUSTRI JURISCONSULTORUM
ORDINE IN ACADEMIA RUPERTO-CAROLINA RITE
IMPETRANDA

PUBLICE PROPOSUIT AUCTOR

E. PAGENSTECHER,
DOCTOR JURIS.

HEIDELBERGAE.

Sumptibus J. C. B. Mohr.

1851.

Praefatio.

Literarum obligationis discriminisque, quod inter eam et obligationem simplici scripturae traditam intercedat, vera natura quamquam Gneistii acumine effectum est, ut nunc accuratius perspiciatur, tamen continua de tanta re disputatio, quae simul codicum domesticorum et argentariorum rationem et formam diligentias describat, adhuc desiderata est. Inde mihi natum est consilium, ut ad hanc commentationem scribendam me accingerem. Quae quum neque a contractibus per argentarios factis neque ab exceptionis non numeratae pecuniae doctrina apte segregari potuerit, id maxime demonstrandum mihi proposui, literarum obligationem cum codicibus domesticis in desuetudinem abiisse, neque eius usum ad codices argentariorum quamvis similiter institutos transiisse; omnino autem permissa exceptione non numeratae pecuniae falsam literarum obligationem a vera distingui, neque esse posse formalem contractum per scripturam institutum praescriptione illius exceptionis facta. Quae alii de hac quaestione vel statuerint vel effecerint, propter spatii angustias summatim tantum vindicavi atque a copiosa refutatione me abstinui; quin etiam brevitatis causa quae de literarum obligatione et de codicibus scripta hic illic citavi, auctorum tantum nominibus significare malui; sunt autem haec:

I. *Gundlingii* ad Theophilum Reizii excursus XVII., latine redditus a Reizio; vernacula lingua ab ipso auctore scriptus exstat in Gundlingianis XL, 2 p. 410sqq. ab anno 1717.

II. *L. Harscheri ab Almendingenio* in Grolmanni „Magazin“ I p. 324: de editione instrumentorum et de argentariis commentatio.

III. *Eiusdem* eodem II p. 178: de rationibus domesticis.

IV. *Savignii* observationes de literarum obligatione, nuper in „variorum“ tomo I no. 9 Berol. 1850 denuo editae, annis 1816 et 1817 scriptae.

V. *Gansii* scholia ad Gaium, Berol. 1821, schol. 9 p. 419 sqq.
VI. *Unterholzneri* in „Zeitschrift“ etc. I p. 248.
VII. *Krautii* de argentariis et nummulariis diss. Goett. 1826.
VIII. *Hanlonis* de nominum obligatione diss. inaug. Amstelod. 1825.
IX. *Zimmernii* in annalium univ. literaturae germ. tom. IV p. 153 sqq. Erlang. 1827.
X. *Wunderlichii* de antiquae L. O. diss. Goett. 1832.
XI. *Gneistii* de formal. contractibus jur. Rom.
XII. *Schueleri* de L. O. veteris juris Rom. 1842.

Omnium, qui huc pertineant, librorum indicem conficere a proposito meo alienum est.

De codicum domesticorum forma, usu et ratione disputaturo, *Kellerus* prae ceteris mihi impugnandus erat (in *Selliorum* annalibus t. I anno 1841), qui quum eas tantum obligationes, quae numerationem, vel imaginem mutui, ut in literarum obligatione, efficiant, non omnia nomina, in codicem illata esse censeat, et ipsis fontibus aperte adversatur et librorum argentariorum formam prorsus neglexit, quum usitatissima juris regula contra eum faciat: „nuda solutio non incipit rationem“, quae quin latius patuerit non dubito. *Schueleri* de hac re doctrina jam a Savignio satis refutata mihi videbatur esse, qui tamen illius de nomine literis contracto non transcripticio sententiam non labefactavit.

Sed in tanta rei, quam tractavimus, difficultate opus omnibus numeris absolutum nemo peritus et aequus judex a viro juvene exspectabit. Quin etiam si forte omnia, quae ad clarissimorum virorum sententias subtiliter excogitatas vel corrigendas vel refutandas attuli, redarguantur, ea tamen laude, si qua mihi tributa erit, contentus valde laetabor, quod proprio indicio usus errare maluerim quam alienarum opinionum servitati addictus res sexcentis decantatas cum meo et lectorum taedio recoquere; quae inertia quum per se turpissima sit maxime dedecet literatum hominem in nobilissimis studiis aetatem consumpturum.

Mense Augusto anni MDCCCLI.

Argumentum.

De veteri literarum obligatione et de rationibus, tam domesticis quam argentariorum.

CAP. I.

Ratio generum contrahendi.

---

§. 1. *Consensus, omnium proprietas.*

Elegantem Pedii sententiam Ulpianus l. I, 3 de pact. II, 14 hisce comprobat verbis:

„Adeo conventionis nomen generale esse, ut nullus sit contractus, nulla obligatio, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat; nam et stipulationem, quae verbis fiat, nisi habeat *consensum*, nullam esse." Cf. Savignium in system. III p. 309.

Consensus igitur principalis et communis omnium contrahendi generum proprietas erat. Quod de contractibus Romanorum nostra etiam aetate exstantibus nemo quidem negare unquam est ausus, contrarium tamen nonnulli de obsoleta literarum obligatione senserunt. Nec Pedii sententia contra illos videtur certare, quum aliorum contractuum exempla ille elegerit; neque Justiniani tempore generale Pedii dictum, etiam si consensu literarum obligatio nisa minime fuisset, exceptionem pateretur, quum in desuetudinem illa abiisset. Ipsius tamen Pedii tempore exceptio fuisset, tanti profecto momenti, ut, quod in *tribus* tantum, non etiam in *quarto* contrahendi genere valeret, tamquam *omnium* proprium nullo modo posset proponi. Item quidem Ulpianus a ceteris, non etiam ab ea, quae literis fiebat, obligatione exempla sumit, §. 4 eod. hisce pergens:

„Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt, veluti in emptionem, in locationem, in pignus, vel in stipulationem"

sed compilatorum officio continebatur, ut omnia omitterent, quae aut legibus essent sublata aut ob vetustatem oblivioni tradita. Fuisse enim olim literarum obligationem, etiam ante Gaium repertum tam ipsius Justiniani auctoritate (in pr. J. de L. O. III, 21) quam l. 2, 1 de O. et A. XLIV, 7 (= Gai. III, 136) probari poterat. Paucorum etiam infra mentio fiet locorum, in quibus illa obligatio haud obscure commemoratur; sic ex ipsis Digestis compilatorum negli-

gentia apparet, veluti ex integra Pomponii l. 1 de ann. legat. XXXIII, 1: „sicuti ex stipulatu, aut *nomine facto* petatur."

Sed dilucidum plane argumentum comparatione inter l. 8, 1 de fidej. XLVI, 1 et §. 1 J. eod. III, 20 (= Gai. III, 119) instituenda efficitur: qua tam fuisse veterem literarum obligationem quam illo modo compilatum esse ad evidentiam probatur: cf. l. 1, 1. l. 4. l. 52. pr. de O. et A. l. 1, 1 de novatt. XLVI, 2 l. 9, 3. de R. C. XII, 1; cf. Cic. pro Rosc. Com. capp. 4 et 5, Savignium l. c. V, addit. XIII, 11 not. a, Gneistium p. 372.

Simili igitur modo l. 1, 4 supra citatam mutilatam esse censeo. Contractuum enim cuiusvis generis unum certe duove exempla Ulpianus sine dubio protulerat, ideoque vocula „veluti" utitur. Literarum tamen obligationis, jam in praecedenti paragrafo e contractuum numero sublatae, allatum exemplum compilatores scientes praetermiserunt.

Item Papinianus in l. 77 de R. J. L, 17 mancipationem, acceptilationem, heredis aditionem, servi optionem, dationem tutoris tamquam „legitimos actus" enumerat; adjecta tamen voce „veluti" dubium fit, utrum exempla tantum proferat, an compilatores reliquos actus studio omiserint. Vaticana enim fragmenta §. 329 „cognitoris dationem" etiam et „expensilationem" Papiniani aetate eodem numero fuisse efficiunt, utraque autem Justiniani temporibus obsoleta erat. De cognitoribus v. pr. J. de iis, p. quos agere IV, 10.

Exstant etiam nonnulli Digestorum loci, quibus „nudam rationem non facere aliquem debitorem" confirmatur. Quam sententiam a I.Ctis ad *debitorum* tantum rationes restringi legimus. Quod Justiniani quidem temporibus verum erat; quamdiu tamen vetus illa literarum obligatio viguerit, ad *creditorum* (cf. Philippi cc. 5 et 6 de probat. IV, 19 ab anno 245) etiam rationes eam sententiam pertinuisse inde certum est, quod ipsa regula procul dubio illo jam tempore proposita a I.Ctis erat. *Nudum* autem in genere illud videtur esse, cui nihil plane conventionis praecesserit. Sed tria sunt, quae praecedere possunt: aut debitum constitutum, aut justa causa debendi, aut merus consensus. Quorum primum quidem in ratione debitoris (cautione, chirografo de accepta reddendaque pecunia: l. 41, 2 de usur. XXII, 1) necessarium fuisse infra apparebit: extremum certe, tamquam minimum, in creditoris ratione ad probationem perfecti negotii desideratum fuisse, ipsa regula illa probatur.

Is igitur contractus, qui consensu *proprie* dicitur *perfici,* non inde nomen duxit, quia *solus* consensu perficeretur, sed quia *praeter* consensum „nec verborum nec scripturae" ullam proprietatem desiderabat (Gai. III, 136; Walteri hist. j. R. ed. altera §. 565), sed sufficiebat eos qui negotium gererent consensisse. Haec autem vocula „sufficit" in reliquis etiam contractibus con-

sensum requiri, at in his quidem non sufficere eum, sed alias insuper eorum praeter illam proprietates esse demonstrat (nuncupationum, scripturarum: illa contractus verborum, literarum haec proprietas: cf. Vat. fragm. §. 249 cum not. Buchholtzii).

Literarum igitur obligatio praeter scripturae proprietatem consensum flagitabat, eumque antecedentem. *Jussu* etenim debitoris expensum fertur (Cic. pro Rosc. Com. I, 1), non *sollemni* neque *expresso*, sed etiam *concludenti* et *implicito*, nec *praesentis* tantum debitoris, sed etiam *absentis*. Consentit enim, qui, quamvis nihil *jubeat*, certam summam expensam sibi ferri patitur (Val. Max. VIII, 2, 2); itaque etiam is, cui ipsi creditor expensum ferri nuntiaverit, nisi sit sive praesens oblocutus sive absens minime acceptum retulerit: ipso silentio factove videtur consentire. Jussus igitur definitio, quam Ulpianus l. 1 quod jussu XV, 4 fusius explicavit, pariter in literarum obligatione optinet, excepta sola §. 6 eod. Nam *ratihabitionis* in hac non est eadem auctoritas quam in obligatione patris familias per filium servumve facta, quum actus legitimus expensilatio sit, ideoque ea tantum condicio illam non vitiet, quae antecedenti debito insit: „nam ita demum expensilatione aliquid intelligitur esse actum, si obligationis condicio extiterit“; Pap. l. 77 de R. J. Sed ne hanc quidem condicionem quamvis licitam expressis verbis adjici permittebatur. Papiniani autem locum Savignius p. 252 monografiae citatae respicere parum videtur, *indistincte* etiam si ob causam futuram literis contrahatur praesens *semper* expensilatione contrahi debitum affirmans. Distinguendum potius e dicta lege videtur esse, utrum *obligatio* praecedat, cui condicio suspensiva insit quae nondum extiterit; an nulla praecedat, sed ipsa *causa*, de qua expensum latum sit, postea demum oriatur. Illo enim casu et ipsa expensilatio condicionem habet; hoc vero pura est, quamvis doli mali exceptio (ut in formali contractu) opponatur, ubi futura causa illa non insecuta sit. Finge dotis causa a Titio Maevium expensum ferre juberi, postea matrimonium non esse contractum: non erat condicio expensilationis, quum omnino ne propria quidem condicio esset, sed „juris condicio“, uti abusive vocatur a Juliano l. 21 de condic. XXXV, 1 et a Papiniano l. 99 eod. Exemplum autem a Savignio allatum non *puram*, sed vere *condicionalem* continet expensilationem, quum negotium praecedat, unde sub condicione demum alterius jus nascatur, cuius obligationis ratione expensum ferre ab altero jussus sit. Itaque *novatio* illo ipso contineri videtur exemplo.

Ii tamen, qui etiam absque consensu literis contractum esse existimant, *transcripticium* nomen tamquam unicam illius contractus speciem recensere solent; hoc autem ipsum *novandi* tantum gratia fieri potuisse. Sed si *a re in personam* sine consensu transcriberetur: invito debitore ipsam obligationis causam creditor mutaret; finge, emptionem venditionem praecessisse: debitor ante

formulas certe de dolo malo ab Aquilio propositas tali expensilatione exceptionem doli mali amisisset. In transcripticio autem *a persona in personam* nomine, si nihil tibi debet is, quem creditori tuo delegare vis, sine consensu eum non obligari certum est; item, si debet quidem, sed minus debet, aut diversi generis obligatio est, veluti bonae fidei. Reliquum est, si idem debet et eiusdem qualitatis tam debitum quam actio (i. e. condictio certi) est. Exempli gratia, Sempronius et Titius literis contrahunt, ut centum, huic ab illo debita, hic a Maevio, Sempronii debitore, petat. Num Maevius, posteaquam nuncium perfecti contractus acceperit, re vera Titio est obligatus? Minime; nam delegatio proponitur, in qua, quamvis mero arbitrio debitorem aliquis delegare possit (l. 17 de novatt.), ipsa tamen *novatio*, qua is, qui delegatus est, obligatur ei, cui delegatus est, inter hasce duas personas debet sollemniter, veluti stipulatione (l. 32 l. ult. i. f. eod.), contrahi: Puchta, Pand. ed. 3 §. 291. *Cessio* quidem sine consensu debitoris fit: sed cessio minime novat. Omnino igitur consensum fuisse necessarium, si literis contraheretur, et in ipsa *expensilatione*, sicuti in stipulatione in *verbis*, consensum fuisse, quamvis expensilatio eum non satis *probaret*, comparatio a Gaio III, 137 inter verba et literas instituta docet:

„cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur.“

Sed nonne absenti quoque expensum fertur? Absenti quidem, sed neque ignoranti neque invito: Meyerfeldius de donatt. p. 169. Etiam is, qui consensu fit, contractus et consensu proprie dicitur fieri, nihilominus quominus inter absentes fiat haud impeditur.

§. 2. *Comparatio stipulationis et expensilationis.*

Proprietates illae, veluti scriptura, nuncupatio, stricti juris contractum efficiunt, quum proprio civium Romanorum nitantur jure. Unde qui *consensu* fit contractus eo distingui debet ab iis, qui verbis literisve fiunt, quod bonae fidei illinc actio nascatur: arg. a contr. Cic. pro Rosc. Com. 4, 13 et 14. Hanc igitur diversitatem ex illa consequi, vocula „item“ Gaius III, 137 significat. Sed magna etiam in aliis stipulationis et expensilationis similitudo videtur fuisse, quam et Gaius indicat et actio, quae ex literarum obligatione competit, infra docebit. Plures etiam, quorum tabulis una eademque obligatio facta est, in eadem plane condicione quam plures rei stipulandi sunt: Cic. ad Att. IV, 18, 2. In tanta igitur similitudine Gaius III, 138 id, quo discrepant duo genera illa, vocula „set“ instituit: scilicet, quod literis etiam inter absentes contrahatur. Qua in re quum similis sit obligationis con-

sensu contractae: forma illa ideo primum videtur esse instituta, ut negotia, quae nudo consensu non possent perfici, sed stipulationem requirerent, inter absentes fieri possent; ideo etiam, ut obligatio consensu contracta inter absentes in negotium stricti juris transformari posset.

Sed licet etiam *inter praesentes* literis contrahi, sicuti consensu. Gaius enim non dicit: „absenti expensum ferri *debet*", sed „*potest*"; nec „nemini nisi absenti", sed „absenti", i. e. „*etiam* absenti."

Jam si quaeramus qua de causa in jure Romano nudus consensus, inter absentes epistola aut internuncius, ad paucos tantum contractus perficiendos suffecerit: eae alienationes et obligationes, pro quibus aequum et justum pretium recipiamus, veluti emptio venditio; locatio conductio, societas, vel ea negotia, quibus nihil plane alienemus, veluti mandatum, non admodum periculosa sunt; sicuti ne ea quidem, quae *re* contrahuntur nec formam juris civilis requirunt, quum materia insit et facultas agendi. In his enim ipsa datione actio ad reddendum nititur; in illis agere aliquis tunc demum poterit, si ipse prior obligationem impleverit. Illic „materia" (i. e. datio) *ipsius* obligationis, hic (sive traditio sive datio) *exercendae* condicio obligationis est. Quae materia cessare videtur in „formalibus", ut hoc verbo utar, contractibus, ideoque formam requirunt. Eae sunt obligationes, quae alienationem ab una tantum parte factam continent; quibus, ex natura certe et forma contractus, pretium videtur deesse. Quae legibus non reprobantur quidem, sed ob periculum insitum, ne incuria tale quid fieret, formae inventae sunt. Similis mancipationis erat causa tam ad res mancipi alienandas quam ad testamenta facienda. Illic enim id alienatur, quod pretiosissimum Romani ducebant esse; hic suis heredibus et agnatis testator videtur eripere, quod jure naturali tamquam ipsorum proprium haud immerito contemplabantur.

Sollemnia igitur in stipulatione erant verba, in literarum obligatione τὰ γράμματα; *publica* erat stipulatio testium praesentia, literarum obligatio publicitate domestici codicis, qui et in actionibus et censori edebatur; *certa* erant in stipulatione ea quae dicebantur, in expensilatione quae scribebantur, certa debendi summa, certi denique condictio. Ad exemplum autem stipulationis expensilationem esse institutam, eo confirmatur, quod in illis rebus omnibus majoris haec contrahentibus commodi est quam illa. *Sollemnitas* enim etiam inter absentes contrahi permittebat. *Publicitas* stipulationis debitum cuique civi manifestat: quae res publicae debitoris fidei persaepe nocebit (cf. Gundling. l. c. §. 6); expensilatio vero latet quidem in codice, extraordinariam tamen pecuniam codex si dissimulaverit, neque judici nec censori id poterit occultari. *Certa* denique summa stipulationis testes fugere poterat, in tabulis vero perpetuae memoriae tradebatur; testes corrumpebantur, codicis litura oculos rerum prudentis non fugiebat.

§. 3. *Ordo quatuor contrahendi generum.*

„Re contrahitur, aut verbis, aut literis, aut consensu“: §. 1 I. de fidej. III, 20 = Gai. III, 119 i. f. §. 2 I. de O. III, 13. Gai. III, 89.

Contractus ibi, qui *consensu* fit, extremo loco positus est, quia nihil praeter consensum requirit; quia nudus non generaliter obligat consensus, sed in paucis solum et certis negotiis; denique, quia bonae fidei tantum actionem parit.

Reliqui contractus et generaliter et ex stricto jure obligant. Quorum, qui *re* fit, numero primus est, quia tam jure gentium quam jure civili facultatem et materiam obligandi continet.

Sequuntur duo contractus *formales*, quorum *stipulatio* priorem locum optinet e causis supra allatis. Item, quod ad exemplum alius rei est institutum, necesse est recentius sit tempore: quia, quamdiu intra muros urbis tota civitas continebatur, forma non egebat inter absentes contrahendi; non, uti saepius contenditur, quia voce prius populi discunt quam scriptura contrahere: quod quamvis plerumque ita se habeat, censum tamen jam Servius Tullius instituit, census autem codicibus domesticis nititur. Alia etiam instrumenta, quae extra codices vagabantur, primis reipublicae temporibus in usu videntur fuisse: Gneistius p. 493 sqq. Ad similitudinem autem stipulationis literarum obligationem esse expressam, multi etiam Pauli (lib. III ad edict.) lege 38 de O. et A. XLIV, 7 student efficere. Inter quos princeps Brissonius de form. VI, 109 p. 511 sqq. erat. Sunt autem haec Pauli verba:

> „Non figura literarum, sed oratione, quam exprimunt literae, obligamur; quatenus placuit, non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur.“

Quem illi locum mutilare compilatores oblitos censent esse, aut ad chirografa aliaque instrumenta retulisse. Sed literarum obligatio formalis contractus sine forma fuisset, nisi certa etiam *figura* literarum fuisset, uti in stipulatione certa *verba*. Generaliter igitur Paulus verba et literas inter se comparat; non de literarum obligatione et de stipulatione disserit, sed de contractibus potius pactisve in scripturam redactis. Ipsa enim *figura* literarum expensilationem perficit; in contractibus vero scripturae traditis obligatio verbis inest, non literis; scriptura igitur hoc casu minime novatur, sed verba contractus custodiuntur. Itaque contrahentium voluntas sensu literarum aeque potest intelligi ac sensu verborum, quae in ipso contrahendo adhibuerint. Obligatio igitur huic *sensui* communi (consensui) inest, non *formae* literarum. Videtur autem Paulus id potissimum spectare, ne quis scriptura de contractu facta novari existimet.

CAP. II.

De modo perficiendae literarum obligationis.

---

§. 4. *Expensum ferre; acceptum referre.*

Ante Gaium repertum I.Cti literarum obligationem aut secundum Theophilum (Heinecc. A. R. III, 22), aut ita definiebant, quasi „consensu" *expensilationis* et *accepti relationis* perficeretur. (Necessitate adductus sum ad voculam adhibendam, quae in Digestis exstat de jurejurando delato primum, postea *relato*). Verum tamen Salmasii, Gundlingii, Savignii de *expensilatione* tamquam perficiendae obligationis medio senserunt.

De Theophilo infra videndum erit. In ea quam secundam posui opinione etiam Almendingenius et Hassius videntur versari, per *accepti relationem* literis contrahi contendentes. Namque haec nullius momenti, „nuda" esset, nisi expensilatio praecessisset: quum, si qua alia forma niteretur, non literis *contractum*, sed debitum literis *traditum* foret. Multo consideratius Graevius contractum nostrum eo perfici putat, quod debitor expensilationi subscripserit. Sed Gaius eum refellit; illud enim si esset verum, inter absentes literis non potuisset contrahi. Et quod in argentariis (Just. nov. 136; edict. IX) postea rationibus invaluit, ut a contrahentibus subscriberentur: Gneistius pagg. 350—355 subscribendi morem in genere non reipublicae temporis proprium fuisse, sed in fine secundi saeculi demum p. Chr. n. invaluisse efficit.

Illos, qui consensu expensilationis et accepti relationis literis contrahi statuant, magnam habere veri speciem negari nequit, quum plerumque, ubi expensilationis mentio fiat, accepti relatio arcte cum ea sit conjuncta:

I. veluti apud *Cic. pro Caec.* 6, 17. Res ibi empta, pretium in literarum obligationem translatum est: sed jam *solutum* et contractus adimpletus ibidem est. Quare, quod dicitur „se autem habere argentarii tabulas, in quibus sibi expensa pecunia lata sit, acceptaque relata": solutionem quidem accepti relatione tabulis tradi, ipsum vero contractum expensilatione fuisse perfectum, inde probari arbitror. Quod enim „habere" ille argentarii tabulas di-

citur: non proprias, sed „quodammodo“ habet, propter exhibendi officium.

II. *Scaevola l. 47, 1 de pactis II, 14* casum profert, quo ratio accepti atque expensi ita computatur, ut alter alteri debitorem se constituat in certam quandam aureorum summam. Quo efficitur, plane contraria sibi esse accepta atque expensa, quum eorum computatio compensationem partis certe summarum creditarum debitarumque efficiat; diversae igitur obligationes iis continentur: „passivae“ acceptis, expensis „activae“, ut recentioribus vocabulis utar. Quod minime contrarium est ei, quod supra diximus „ubi *solvatur* debitum literis aliove modo contractum, acceptum a creditore referri.“ Qui si hoc fecerit, eadem summa accepta relata in tabulis quae expensa lata est: ergo nec passiva neque activa obligatio postea illa ratione continetur, sed extincta est solutione, cui in tabulis respondet accepti relatio.

III. Similiter idem in *l. 31, 1 de lib. leg. XXXIV, 3:* „Quaeritur, an reliqua secundum accepta et expensa reddere debeat libertus, qui rationes gesserit.“

Testator enim scripserat:

„Si quid me vivo gessit, rationes ab eo exigi veto.“

Respondet I.Ctus:

„Reliquatum posse ab heredibus vindicari; sed ipsa nomina non esse in reliquis, ubi in rem domini pecunias se vertisse libertus possit probare.“

Quid hoc loco est „reliquatus“? Primum exstantes nummi omnes; deinde etiam ea, quae „secundum accepta et expensa“ reliqua sunt. Eorum igitur nulla hoc casu ratio redditur, quae extincta esse primo tabularum aspectu apparet et solutione impleta, quum eadem summa accepta sit, eadem expensa. I. e. quod dicitur: „secundum accepta et expensa.“ Reliquum igitur est, quod compensatione acceptorum et expensorum instituta e contractis obligationibus negotiisque gestis tam in natura quam in obligationibus superest.

IV. Certum quidem est, consensum creditoris et debitoris codicibus domesticis expressum, quum ille eandem expensam tulerit summam, eandem hic acceptam retulerit, *probationem* perfecti contractus praebere: tamen, quo quid probatur, id ipsum ad *perficiendum* illud non necessario requiritur.

V. Secundum *Callistratum l. 82 de condic. XXXV, 1* pars reddendarum rationum computatio est, ideo instituenda, ut explorari possit, „imputationes probe, an improbe referantur; accepta recte relata an non relata.“ „Imputationes referre“ hoc loco dictum esse pro „expensa ferre“, insequenti acceptorum relatorum mentione probatur. Quae igitur expensa antea tuli: eadem si „reddantur“ mihi a debitore, accepta „refero.“ Similis enim praepositionis „re“ in utroque verbo auctoritas est; illic dando idem fit,

quod scribendo hic tamquam factum tabulis committitur. Sic respublica Romana ubi privatorum debitrix fit, Livius XXVI, 36: „Tanto", ait, „certamine injecto, ut prima inter primos nomina sua vellent in publicis tabulis esse, ut nec triumviri accipiendo, nec scribae „referendo" sufficerent". Cf. l. 26 de donat. XXXIX, 5; l. 49, 2 de pecul. XV, 1; l. 6, 4 de pecul. legat. XXXIII, 8; Cic. in Verr. I, 36, 93. 39, 100 et 102; II, 70, 170.

Haec igitur acceptorum et expensorum ratio est:

1. Creditor qui constituitur, summam creditam in suo codice expensam fert.

2. Qui debitor factus est, debitum inter accepta refert.

3. Soluto debito, creditor summum illam inter accepta refert, debitor inter expensa.

Loci illi Ciceroniani tam summam, quam alterius partis nomen codicibus illatum esse probant, et hoc quidem casu tertio, i. e. dativo, esse positum. *Commodi* igitur in acceptis dativus est, *incommodi* in expensis.

Minus igitur accurate „acceptum *ferre*" pro *referre* apud Plinium H. N. II, 7, 5 exstat; „accepto ferre" apud Pap. l. 91, 3 de legat. III; „*rationibus* accepto ferre" apud eundem §. 4 eod.: plerumque enim „in rationes„ vel „in rationibus" fontibus dictum continetur. Sed plenissime Paulus l. 22, 8 mandati XVII, 1 „pecuniam", ait, „rationibus a debitore receptam inferre"; Scaevola l. 40 pr. de statulib. XL, 7: „summas a debitoribus exactas rationibus inferre."

Ipsius autem pecuniae restitutio cum scripta accepti relatione adeo conjuncta est, ut, qui alicuius gerat negotia, si eiusdem debitor sit, debitum rationibus creditoris inferendo videatur solvere: l. 38 de neg. gest. III, 5; l. 32, 4 de usu legat. XXXIII, 2.

VI. Justinianus obliteratam suis temporibus literarum obligationem „nomini*bus* fieri" dictam esse affirmat, pr. I. de L. O. III, 21. Duo inde nomina ad omnem literarum obligationem perficiendam necessaria fuisse probare possis, expensilationis alterum, alterum accepti relationis. Justiniani tamen, etiam si illud eum sensisse credas, testimonium in ea re nihil facere, Theophili de literarum obligatione opinio ostendit. „Nomen" etiam „activam" tantum plerumque obligationem significasse, loci a Brissonio allati (de V. S. h. v.) docent, veluti l. 44, 6 de legat. I, l. 59 de legat. III., quibus constat, quod ex benigna interpretatione legatum venditiove chirografi seu nominis ipsarum actionum legatum venditiove esse intelligatur, ideo nomen pro ipsa obligatione nonnunquam dici: l. 16 de adm. et per. tut. XXVI, 7; c. 3 de H. v. A. V. IV, 39. Quae et ipsa causa erat, de qua postea chirografum pro contractu in chirografi scripturam redacto non dicebatur solum, sed, quod „testimonium" erat debendi, id falso ipsa debendi causa esse ducebatur.

§. 5. *Expensilatio, forma contractus literarum.*

Qui consensus verborum in stipulatione sollemnis contractum perfecerit, eundem scripturarum in literarum obligatione necessarium fuisse, illi eo magis existimant, quum ad similitudinem stipulationis literarum obligatio sit expressa. Quodsi verum esset, accepti relationem ad perficiendam literarum obligationem necessariam fuisse, Gaio III, 137 dicendum fuisset:

„cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat; et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius *acceptum referendo* obligetur."

Nibil tamen ille de accepti relatione, quamvis literarum obligationem cum stipulatione, et in specie cum duabus stipulationis partibus (stipulatione et promissione) comparet. Ipsa etiam vox „accepti relatio" in fontibus non exstat, neque aliud quidquam eius rei *nomen* invenitur.

E diverso, in expensilatione illam obligationem positam fuisse, et Cicero pro Rosc. Com. 4, 12 ostendit, adnumerationem, stipulationem, expensilationem tamquam media perficiendi contractus stricti juris recensens, et ipse Gaius non minus illa §. quam §§. 129, 130, 138 distincte affirmat. Quod enim transcripticium nomen expensilatione „fieri" dicit: „fieri" idem est, quod „contrahi": Cic. ad Att. IV, 18, 2; Sen. de ben. III, 15; Cic. in Verr. I, 36, 91. „Acta, facta, gestaque": l. 2, 1 de cur. B. dando XLII, 7, quarum vocum „actum" est genus, „facta gestaque" duae species, et „factum" quidem secundum l. 19 de V. S. L, 16 idem, quod „contractus", quum hoc loco ab eodem Ulpiano „actum" tamquam genus, „contractus gestumque" tamquam species recenseantur. „Emptio" item „donationis causa facta" idem quod „contracta" est: l. 7, 6 de don. int. V. et U. XXIV, 1. Africanus tamen l. 64 de legat. III de pecuniis disserens, quae kalendario, i. e. *nominibus faciendis*, destinatae essent, de *arcario* potius nomine loqui videtur, non de contrahendo per nomina in codicem perscripta. Sed huc pertinet, quod supra diximus, „nomen" pro obligatione in scripturam non novantem translata nonnumquam venire.

Quodsi accepti relatio aeque fuisset necessaria: quum literis maxime inter absentes contraheretur, nunquam creditor scire poterat num contractus esset perfectus, quia num acceptum relatum esset ignorabat. Sed finge creditorem, fide debitoris nisum, actionem instituisse: reus absolvi debebat, qui, quod acceptum referre tenebatur, perfide acceptum non retulerat. Quare nec consensu literarum nec solis debitoris rationibus quum potuerit contrahi: id unum superest, ut expensilatione contractum sit. Qua in re ne *creditoris* perfidiae debitor succumbat, neve ille quodcunque velit scribat, consensu illam expensilationem niti creditor pro-

bere debebat, etiam modo, veluti per epistolam aut per internuncium communicato. Omnis enim contractus συνάλλαγμα in se habet. Quamvis igitur Labeo apud Ulpianum l. 19 de V. S. συναλλάγματος *verbis* tantum contracti mentionem fecerit: aut illud sibi elegit exemplum, aut literarum obligationis mentionem compilatores (id quod saepe factum est) delerunt.

Ideo etiam expensilatio pro ipsa literarum obligatione dicta invenitur. Quo quidem, accepti relationem non fuisse necessariam, non probatur; nam stipulatio aeque pro verborum obligatione plurimis locis invenitur, quamvis promissio ad eam perficiendam haud minus necessaria fuerit. Quo efficitur, contractibus a creditoribus nomina esse indita. Quare emptio venditio, locatio conductio, duplex nomen habent, quia uterque creditor, uterque debitor est; in *societate* tantum unum sufficit nomen, quia plane idem utriusque obligationis genus est.

§. 6. Species, quae in literarum obligatione recenseri solent.

Quemadmodum Gaius „transcripticium nomen", „syngrafam" et „chirografum" enumerat: similiter Justinianus edicto IX. cap. 2 §. 1: „λογισμοὺς" (λογοθεσίας §. 2 eod.=rationes), „ἀντισυγγράφους" (ἀντιγράφους), „ἀυτιγράφους."

E vulgata igitur opinione ante Gneistium hoc modo distinctum est:

I. Literarum obligatio propria civium Romanorum:

1. contrahendi causa facta: expensilatio nominis non transcripticii. Quae quidem in eo etiam, qui *re* fit, contractu (in *arcario* nomine: Gai. III, 131) moris erat. Cf. Cic. in Verr. I, 49, 128: „tabulas protulit, quibus se dedisse ostendit." Id. pro Cluent. 12, 33: „munera, quae ex tabulis recitantur." Sed Gell. 14, 2 probat, hoc casu probandi solum medium expensilationem esse: pecuniam enim debitori mutui causa esse solutam expensilatio indicat. Unde fieri non potest, ut solutione incipiat literarum obligatio (alioquin enim rei obligatio esset), sed ipso nomine, i. e. expensilatione, non datione pecuniae, contrahitur: arg. Gai. III, 132. Debitum tamen et pecunia quidem debita inde quum nascatur, eadem plane huius expensilationis vis est, „quasi" tantumdem esset creditum. Expensilatio igitur quum *proxima* in literarum obligatione sit debendi causa, tamquam causa *remota* cum Meyerfeldio mutuum haud immerito fingi potest. Jam Gundlingius idem senserat, qua dicit: „expensilatio, expensionis imago." Similis enim utriusque nominis forma erat, quia eadem codicis pagina, scilicet expensi, tam expensiones quam expensilationes recipiebat. Nec sine justa causa literarum obligatio potest fieri; quae sive debitum (causa praeterita) sive donatio (causa praesens) est sive causa futura, ubi non extemplo debitor, quod de-

bet, solvit, alter ei *credit*, aut, quod ille jam dedisse debebat, brevi manu accepisse et mutuo eidem iterum *videtur* dedisse.

2. *novandi causa:* nomen transcripticium:

a. *a re in personam:* ideo maxime inventum, ut quod consensu debetur literis debeatur, quo bonae fidei actio in actionem stricti juris commutetur.

b. *a persona in personam:* ubi debitoris partes in aliam personam transeunt (delegatio passiva).

II. Literarum obligatio peregrinorum propria:

1. *chirografum:* apud Romanos medium probandi, apud peregrinos secundum vulgatam opinionem genus obligationis.

2. *syngrafa* vel *syngrafus* (συγγραφή, συγγραφός), secundum nonnullos idem quod Theophili contractus nominum. Syngrafam in Graecia tantum et Asia Ciceronis quidem tempore in usu fuisse, loci docent a Savignio allati. Cum peregrinis quidem illo tempore syngrafas Romani saepe faciebant: ad proprium tamen usum in odio quodam eas habebant, cuius odii causas Gneistius pp. 483. 486. 488—492 explanavit, postea vero illarum usum Romae invaluisse probat. A chirografo syngrafam eo plerumque secerni apud nostros legimus, quod illud a debitore scriptum, haec ab utraque parte conscripta sit. Quod si verum fuisset, fieri non poterat, ut *chirografum* tamquam contrahendi genus unquam juris Romani proprium inciperet esse, quum nuda ratio non faceret aliquem debitorem; *syngrafus* tamen tamquam scriptus contractus formalis a Romanis potuisset recipi. Asconius etiam Pedianus ad Cic. in Verr. I, 36 „syngrafas" ait, ceteraque chirografa eo dissingui, quod in ceteris tantum *quae gesta sint* scribi soleant, in syngrafis etiam *contra fidem veritatis* pactio veniat; et *non numerata quoque pecunia*, aut non integre numerata, pro temporaria hominum voluntate scribi soleat." Quae quidem distinctio rationem videtur habere, quum similis in jure Romano transcripticii nominis et arcarii differentia sit, et syngrafa Asconii quemadmodum Romanorum obligatio literarum *ficto* nitatur mutuo.

III. Nova Justiniani literarum obligatio.

Nobis quidem de veteri tantum et propria civium Romanorum obligatione literarum disputatio proposita est; locus tamen infra erit ad refutandas opiniones de peregrinorum et Justiniani literarum obligationibus saepe defensas.

CAP. III.

De codice accepti et expensi.

---

§. 7. *De communi civium et generali in codices nomina inferendi officio.*

Literarum obligationem non alio quo creditoris instrumento, extra codicem facto, potuisse contrahi, evidentissime Savignius probat pagg. 210—221, et Gaii autoritate postea reperti illius argumenta vehementer confirmantur.

Domesticus igitur codex, ubi de inscribendis obligationibus agitur, „codex accepti et expensi“ plerumque appellatur. Cic. pro Rosc. Com. I, 4. 2, 5. Uno enim eodemque codice tam acceptum quam expensum continebatur. Quare minus accurate Cic. in Verr. I, 23 de *accepti* tabulis, non adjecta voce „expensi“ videretur loqui, nisi multi codices pro „accepti“ „accepi“ legerent. „Tabulae accepti et expensi“ exstant apud Ciceronem in Verr. II, 76, 186; similiter rationes argentariorum, in quas „ἡ εἰςκομιδὴ καὶ ἡ δαπανὴ“ pecuniarum sit relata, apud Justinianum edicto IX, 2, I.

Quamcunque igitur contraxerant obligationem cives Romani, sive creditores sive debitores, codicibus illis inferre debebant; quod si aut dolo malo faciebant aut omittebant, *infamia* puniebantur. *Turpe* enim erat scribere, quod non deberetur: *improbum*, non referre, quod deberes. *Condemnabantur* aeque tabulae eius, qui verum non retulerat (debitor), ut eius, qui falsum perscripserat (creditor): Cic. pro Rosc. Com. 1, 2.

§. 8. *De rationibus domesticis.*

Constat inter omnes, singula credita debitaque ita fuisse scripta, ut nomen eius quocum contractum esset primum ferretur (unde nominis pro debito appellatio invaluit), deinde tam causa quam summa crediti debitive, dies etiam contracti negotii factaeve solutionis, ne reus de facto in actionem deducto esset incertus. Constat item, binas codicis paginas ex adverso positas ratione

fuisse tali modo conjunctas, ut expensum altera, altera acceptum contineret. Cf. Plin. H. N. II, 7, 5:

„Huic (sc. Fortunae deae) omnia feruntur accepta: et in tota ratione mortalium sola utramque paginam facit.“ Briss. l. c. Cui. obs. X, 14. Hadrian. cardinal. ap. Gundling. §. 11.

Sic etiam eorum codices instituti erant, qui pro aliis negotia gererent: nisi quod non sibi, sed domino negotiorum omnia expensa scriberent, accepta rescriberent: Cic. in Verr. II, 70, 170. Sic etiam argentariorum, quatenus aliorum gerebant negotia. Utriusque enim saepe partis rationes uno codice quum illi complecterentur: „ultro citro“ rationes faciebant: l. 6, 3 de edendo II, 13. In medio enim ipsi erant, primum leges contractus partibus suggerentes, deinde obligationem ipsorum ope constitutam publicae fidei tradentes, illatione in codicem argentarium facta, *communem* utriusque partis in judicio et suscipiendo probandi excipiendique onere scripturam.

Nomina autem *uni eidemque* in chartis, i. e. in codice, conscripta, sive expensa lata sive accepta relata, eius „rationem“ faciebant: Cic. in Verr. II, 76, 188. Unde „rationes reddere“ dicebatur. Si multa erant et grandia nomina, *magna* ratio erat; *ratiuncula* de modica pecunia et paucis nominibus exstat apud Plautum captiv. I, 2, 89.

Sed quia omnis ratio obligatione aliqua nititur, secundum Labeonem ratio „negotiatio“ est, sc. argentariorum; nam l. 6, 3 cit. de edendo disseritur. Haec autem negotiationum, ideoque rationum, genera lex quam diximus enumerat:

I. dandi, accipiendi causa: donatio, permutatio, pretium ex emptione solutum.

II. credendi causa: mutuum, foenus, irregulare depositum.

III. obligandi causa: contractus formales; item qui consensu fiunt modo non statim traditum adnumeratumque sit.

IV. solvendi causa: constitutum debiti (ἀντιφώνησις), sive privatus constituit sive ipse argentarius.

Quae negotia omnia ex argentaria (sc. scriptura) veniunt, i. e. perfecta ea esse publica codicis fide probatur. In quibus argentarii triplex condicio esse potest:

I. Si nec pecunias contrahentium habeat nec negotio intercedat: nihil plane facit, nisi quod eius codex probet perfectum esse negotium.

II. Quodsi pecunias quidem illorum habeat nec negotio intercedat: die solutionis quantum alter alteri debet huic ab illo transcribit, i. e. huic expensum fert, illi acceptum refert. Hoc igitur casu codice eius non solum contractus probatur, sed ipsa solutio fit: quod maxime inter absentes commodi est.

III. Denique si intercedit, ipse videtur contrahere. Atque hoc certe casu publicam fidem tuetur, si eius intercessione com-

motus creditor cum debitore contraxerit. Sed argentarius bene scire potest, quantum huic apud mensam argenti sit, eoque ipso tutus est; quin etiam, si solverit pro debitore, non agendi ei necessitas, sicuti privatis plerumque intercessoribus, incumbit, sed compensationem cum argento a debitore deposito instituit, eandem summam debitori acceptam referendo, sibi expensam.

Extra rationem sunt, quia nullam negotiationem continent:

I. „Nuda duntaxat debiti solutio." Rationem igitur habent:

1. solutio *non debiti*, sed eius, quod solvitur, ut postea restituatur (mutuum), aut res pretiumve pro illo detur (veluti in venditione, quae traditione dationeque statim adimpletur).

2. solutio *non nuda*, sed sive ad perficiendum contractum inserviens (mutuum) sive ob causam futuram facta (contractus innominatus).

Tamen „nuda" etiam „debiti" solutio rationibus „infertur": Cic. pro Caec. 6, 17. Sed ipsa ratio non est, quia rationem non *incipit*, sed potius *dissolvit*, negotiationem seu obligationem codici jam illatam eo tollens, quod eadem summa in adversam paginam perscribitur.

II. *Pignus constitutum*; nam pignore nova obligatio nulla continetur, sed jam quaesita rationibusque illata confirmatur.

III. *Mandatum acceptum*, quia pecuniae aut res nullae inde debentur. Quamvis igitur rationes inde possint nasci, tamen ipsum mandatum minime ratio est.

Censeo autem Labeonis definitionem ad domesticas etiam pertinere rationes, quamvis de argentariis tantum loco illo agatur et in specie de officio edendi. Nam ad eam definitionem proponendam Labeo commotus est verbis edicti „ut rationes edant argentarii etc." Quare interpretari debebat, quid esset „ratio", nec poterat e speciali edendi officio, quum e contrario ea demum definitione, quid esset edendum, intelligeretur. Ex reliquo igitur jure definitionem puto esse haustam; nempe ex institutione librorum argentariorum, simili institutionis domesticorum. Libenter quidem Kellero, simpliciorem fuisse hanc quam illam institutionem, concedimus: sed *principia* inferendi rationes eadem fuisse eo potissimum probatur, quod et argentariorum rationes locum et usum privatarum postea sibi vindicaverint, et earum auctoritas in judiciis tanta postea fuerit quanta antea domesticarum. Sed nostrum locum Kellerus in controversia de institutione codicum domesticorum recensenda plane omittit. Secundum Kellerum quidem alii, ut lingua vernacula utar, domesticum codicem „ein Contocurrentbuch", alii „ein Cassabuch" fuisse existimant; ille „obligationum", hic „solutionum liber" videtur posse appellari. Ratio igitur quum negotiatio esset: „obligationes" contra Kellerum maxime tabulis continebantur. Tamen „solutiones" etiam *inferebantur*. Finge, te debere Titio centum, quae accepta ei retulisti; quae ubi sol-

veris, tantundem in adversa pagina creditori expensum fers. Nulla tunc erit differentia accepti et expensi ex illa obligatione, ubi computationem rationum feceris. Itaque fit, ut codex domesticus *simul* sit „ein Cassabuch." Cuius accepti pagina ea continet, quae sunt reliqua ex priore mense; item ea, quae sive ex debito sive mutui aliusve negotii causa mihi sunt soluta: quae omnia si addideris et expensorum inde deduxeris summam, quantum superest secundum rationes, tantum in bonis reliquum debet esse. Qua in re dubium id unum relinquitur, quomodo fuerit in *literarum* obligationibus. De *arcario* enim nomine omnia plana videntur esse ex illa sententia nostra; tamen si e *contractu nominum* expensa Titio centum tulerim, deducta postea ratio centum minus efficiet quam „in cassa" sunt; eademque differentia erit, si centum illa solverit Titius eaque retulero accepta. Sed si *novationis* causa literis contractum est, Kelleri sententia videtur probanda, priorem obligationem „quasi" solutione extinctam accepto referendam esse, deinde tantundem expenso ferendum. Nulla enim ex ea ratione tunc differentia erit. Item, si *non* novandi causa, titulo tamen *oneroso* expensum latum fuerit. Sin *lucrativo*, simul cum expensilatione facta tantundem puto esse reliquis e priore mense, i. e. inter accepta referendo, addendum, quum donatio non sit obligatio itaque nec rationem contineat, sed *augmentum* tantum bonorum. *Lucrum* igitur codici inferendum est; sub ea solum condicione obligatio, quam ex *causa* donationis literis illi contrahere volunt, codici ita tradi potest, ut nulla differentia inter rationes deducendas et numerandam pecuniam extantem intersit. Ea, quae diximus, admodum confirmantur:

I. eo, quod Labeonis tempore rationes domesticae in usu erant, quae Papiniani etiam aetate reperiebantur: l. 91, 3 de legat. III.

II. eo, quod „reditus" omnes illis rationibus inferebantur: l. 91 cit. Inter reditus autem etiam omne *lucrum* connumerandum videtur. Quo, quod de donationibus diximus, comprobatur. Ut enim nomina titulo *personarum* (debitoris creditorisve), sic reditus titulo *rerum possessarum* in rationem veniebant et inter accepta referebantur. Quo fiebat, ut si communi unius rei nomine plures pater familias conjungeret et omnium reditus in unam summam connumeratos rationibus inferret, omnes ad unam illam *pertinere* viderentur. Quod probatur l. 91 cit., quae quomodo sit literis contractum mihi quidem videtur ostendere. Disserit enim de rebus uno pretio acquisitis. Quarum si unam „sicuti comparata est" legavero, his condicionibus reliquae omnes eodem continebuntur legato:

I. si „literis et rationibus" nomine legatae ceteras etiam complexus eram.

II. si omnium reditus unius illius titulo in codice domestico accepti referebantur.

Hoc igitur loco emptionis venditionis mentio fit, in qua pretium jussu emptoris aut *statim* expensum latum, aut certe *postea* novatione facta in codicem translatum est. „Literis et rationibus“ potest quidem esse dictum pro „literarum obligatione, quae rationibus debet contrahi“; sed malo „literas“ hoc loco *epistolas* esse, quibus absentes de emptione venditione consenserint. Vox enim „literis“ l. l. praecedit voci „rationibus“, ut consensus expensilationi. Quare si his epistolis ita hae res omnes tamquam uno pretio emendae appareant, jussu igitur debitoris expensilationem venditor sic conceperit, ut res uno pretio venditae videantur esse, item in pagina accepti conjunctis omnium reditibus emptor voluntatem declaraverit, ut una etiam in posterum res sit: legatum illud omnes continet. Cf. §§. 4 et 6 eod. Sic etiam secundum Scaevolam l. 26 de pecul. legat. XXXIII, 8 sors legata usurarum legatum continet, si testator sortem cum adjectis usuris rationibus intulerit, et hanc adjectionem nomine *legatarii*, non nomine *creditoris* alicuius, eum fecisse possit probari.

Uti igitur reditus rerum sub titulo earum rationibus inferebantur, sic sub titulo *sortis creditae* inter expensa, *debitae* inter accepta usurae referebantur. De his igitur idem dicendum est, quod de donationibus, de omni lucro damnove supra contendimus; nam quum usurae pro *usu* solverentur non pro *re ipsa*, differentia esset inter „cassam“ et „rationes“, nisi simul cum expensilatione usurarum sortis creditae tantundem inter accepta *lucri* nomine referres, et cum accepti relatione usurarum sortis debitae tantumdem inter expensa *damni* nomine ferres. Illo igitur casu si usurae tibi postea solvantur, eas acceptas referendo, compensatis expensis et acceptis, *lucrum* quod retuleras tibi manebit; hoc autem casu, si solveris usuras debitas, eas expensas ferendo eademque adhibita compensatione, *damnum* antea illatum relinquitur.

Item, si res pro pecuniis emeris, res emptae et inter accepta relatae docent quo pecuniae abierint; pecuniam autem sicuti expensam tulisti ita etiam re vera solvisti, nulla restitutione exspectanda; ergo hoc etiam casu nulla differentia inter rationes et reliquatum erit.

Eo solo, quem exposui, modo rationum scribendarum fieri potuisse censeo, ut praeter mercedes omnes, pensiones, reditus, praeter acceptas solutiones pecuniarum sive antea alteri creditarum (l. 22, 8 mandati XVII, 1), sive postea ex causa mutui aliave justa causa illi reddendarum, *debita* quoque omnium generum, etiam si nihil pretii pro iis accepisses, inter accepta referrentur: l. 26 de don. XXXIX, 5. l. 49, 2 de pecul. XV, 1. l. 6, 4. l. 26 de pecul. legat. XXXIII, 8. l. 32, 4. de usu legat. XXXIII, 2. Cic. pro Cael. 7, 17.

Breviariae autem domesticae vocabantur rationes (l. 26 cit.), quia *breviarium*, i. e. epitome erant adversariorum. Per *menses* enim (Cic. in Verr. II, 76, 186. 188.) rationes conficiebantur

(Ascon. ibid.), *adversaria* per *dies:* unde *ephemerides* apud Ciceronem pro Rosc. Com. vocantur. Propert: eleg. III, 23. His igitur promiscue omnia inferebantur expensa acceptaque, negotia item contracta gestaque: nam Cicero tamquam „actorum“ diurnam scripturam adversaria definit, qua voce „actum“ tam contractus quam gesta continentur; nec sumptus damnaque, lucra et reditus omittebantur: quae omnia, prout veniebant, sine ordine negligenter adeo scribebantur. „Conjecta“ igitur merito a Cicerone pro Rosc. Com. 2, 5 vocantur; *tabulae* vero in ordinem erant confectae. Adversariorum nulla plane auctoritas, tabularum aeterna erat. Illa *menstrua* solummodo erant, et ubi eorum summa tabulis erat commissa, statim delebantur.

Hic autem ordo videtur fuisse, in quem tabulae ex adversariis conficiebantur. Principio igitur codicis sub rubrica consultum et mensis res, quas pater familias *proprias* habebat, *nominatim* scribebantur, secundum genera et species collatae: l. 59 pr. de manum. test. XL, 4. Quae in paginam accepti referebantur, in adversa autem expensi pagina vacuae eaedem relinquebantur lineae, quibus, si quid earum rerum alienaretur amittereturve, in eadem linea, qua fuerat acceptum, idem expensum ferebatur. Tum quarum *usum* habebat pater familias, inter accepta res referebantur, redituum causa. Deinde *reliquum* quid esset nummorum pagina accepti continebat, item quid lucri e negotiis gestis accessisset; adversa linea, quid sumptus fecisset, quid damni sensisset. Denique pagina accepti, quas accepissem ab aliis pecunias, secundum nomina creditorum in ordinem confectas, habebat. Vacua relinquitur adversa expensi linea, quae, ubi restituero debitum, explebitur. Item quae credidi inter expensa fero; quae ubi recepero eandem accepti lineam explebo. Sic evenit, ut negotiis breviter solum et summarie in codicem ex adversariis transcriptis, contractibus vero expresse et nominatim: codex domesticus tam quid sit patri familias bonorum demonstraverit, quam fidem eius circa nomina praestitam in judicio potuerit probare, idem etiam ad perficiendos literarum contractus servierit.

Aeternae igitur tabulae erant, i. e. in perpetuam servabantur memoriam, quia perpetuae existimationis fidem et religionem amplectebantur: Cic. pro Rosc. Com. 2, 5. „Existimationis“: eius enim existimatio minuebatur, qui negligenter aut fraudulenter tabulas conscripserat. Talem autem virum in familia nunquam fuisse, tabulis servatis posteri semper probare poterant; eaedem argumento erant, quomodo diligentia et parsimonia res parvae possent crescere et quantae quolibet tempore res familiares fuissent. Item patrum et avorum memoria, officium porro conscribendi a primordiis reipublicae sancte posteris traditum, *sanctitatem* quandam tabulis praebebat; *pietatis* igitur et *civili* officio, ut servarentur, continebatur.

Publicae etiam praeter privatas erant rationes et *quasi-publicae* (scilicet argentariorum). Et publicae quidem sunt, quae, sive totius reipublicae sive singularum eius partium corporationumve nomine geruntur, eo etiam a privatis distinguuntur, quod alieno illae semper conscribuntur nomine, hae tam proprio quam alieno. Rationes etiam ex illis aut populo aut corporationibus, quarum nomine gestae sunt, redduntur: Cic. in Verr. I, 39. I, 13, 36. Quibus locis constanter „*referre* rationes“ dictum extat pro „reddere“, quia pecunias publicas in aerarium Verres debebat restituere, et in eo maxime reddenda ab eo ratio tunc erat posita; id. eod. 14, 36 et 37. Qui autem tales gerebant rationes, magistratus erant, majores populi, minores corporationis, veluti municipii: l. 38 de neg. gest. III, 5. Quorum ad exemplum societates etiam majores et publicae, veluti publicanorum, rationes gerendas „magistris“, simili nomine appellatis, tradebant.

§. 9. *De rationibus dominicis et peculiaribus.*

Proprio nomine privatae rationes a patribus familiarum tantum, *alieno* a servis, filiis familiarum, libertis, ingenuis institoribus gerebantur. De servis v. l. 18. l. 41, 10 et 11 de fideic. libert. XL, 5. Propter potestatis enim vinculum, et quia per servos acquiritur, summi id erat commodi. De liberis v. l. 38 de neg. gest.

Adeo igitur rationes domesticae omnia patris familias bona et nomina complectebantur, contractus et negotia: ut testamentariae, sive directae sive fideicommissariae (l. 41, 13 de fideic. libert. XL, 5. l. 40 pr. de statulib. XL, 7) talis servi manumissioni adjecta condicio „si rationes reddiderit“ non ad eas solas quas gessisset rationes pertineret, sed quod quoquo genere ad servi actum fidemque spectaret, id omne contineret. Quare libertas tunc demum ei contingebat, si rationes erant redditae et reliquum restitutum: l. 82 de condic. XXXV, 1. Similiter l. 21 de statulib. servus, qui *dispensator* domini fuerat (ad dispensandas sive creditoribus sive futuris domini debitoribus pecunias), testamento manumittitur sub condicione „si rationes *diligenter* tractasse videbitur.“ Quam diligentiam non probat in judicio servus, sed negligentiam heres; illi sufficit, si rationes nec falsum neque omissum quidquam ostendunt. Quae dummodo *possunt* esse probae, neque heres contrarium evincit: servus liber fit. Quamvis igitur ipsi heredi rationes reddendae sint, cuius maxime intersit, ne ad libertatem ille perveniat: non ex *mero* tamen, sed ex *boni viri* arbitrio tabulas ille conferre et examinare debet. Illam autem diligentiam non in proprium sed in *domini* usum servus adhibuisse debet. Quare ipso quidem jure, ut dolo malo abstineat, continetur: sed

illi condicioni „si rationes reddiderit“, quum diligentiae mentio non fiat, culpa levis praestanda minime inest.

Quodsi tali servo eodem testamento legatum esset relictum, *inutile* esse videri posset, tamquam servo relictum: diem tamen legati cedere *receptum* est, ubi ad libertatem rationibus rite redditis servus pervenit: l. 82 de condic.

Obligationes igitur in eiusmodi rationes conscriptae *nomina dominicae rationis* appellantur, et diversa sunt a *peculiaribus* (l. 18 de solut. XLVI, 3), quae et ipsa servus quidem contrahit et rationibus infert, minime tamen dominicis, sed propriis, quas de administratione peculii, non de domini pecuniis, gerit: l. 47 pr. de pecul. XV, 1. Diversae autem rationes diversas efficiunt actiones: quare neque e dominica ratione de peculio (l. 58 eod.) neque e peculiari institoria potest agi. Servus, nulli negotio praepositus, de peculio tamen tenetur: quid autem, si nomine domini nihilominus contraxerit, ita ut huic nomen acquireretur? Tunc de in rem verso dominus etiam tenetur: quod *quasi* dominicae rationis nomen appellatur l. 3, 5 de in R. verso XV, 3. Sed quamvis servo jus sit *pro domino* acquirendi obligandique: dominus solus *peculium* concedit. Quare, an et quatenus servus *proprio* nomine acquirere et obligare possit, ex voluntate domini peculium aut concedentis aut non concedentis pendet. Ergo minime in arbitrio servi positum est, utrum domino an sibi acquirere mallet; nedum propriis rationibus inferre licet, quod in dominicas referre debebat: l. 4 pr. de pecul. XV, 1.

Dispensatorum autem officio contrarium erat eorum munus servorum, qui ad *exigendas* pecunias in provincias mittebantur (pecuniis exigendis praepositi: l. 18 de sol.), quibus saepe etiam, ut in novum diem crederent, permittebatur, sive in stipulationem debitum deducebant, sive pignus a debitore constituebatur: l. 8 quod c. eo XIV, 5; l. 41 de R.C. XII, 1. „Kalendario praepositi“ illi vocabantur. Jam veteres quidem, veluti Hotomanni, Rosini, kalendarium ipsas docent fuisse tabulas domesticas; sed tunc patrifamilas servum cum tabulis dimittenti nullus codex relinqueretur. Ac finge, argentarium fuisse, qui in multas provincias uno eodemque tempore servos consilio illo dimiserit, simul etiam in loco domicilii negotia subire voluerit. Et quum rationes domesticae omnia contineant credita debitaque, a Scaevola l. 58 (ult.) de pecul. *aliae,* ab eod. l. 23 pr. de pecul. legat. *variae* kalendario opponuntur causae, *extra* kalendarium sunt. „Nomina“ quidem kalendario contineri, Africanus l. 64 de legat. III probat, sed mutua tantum, deposita et pecunias foenori datas voce „nomen“ hac in re comprehendi, non etiam pecunias aliunde debitas, Alexandri c. 3 de compens. IV, 31 efficitur, vectigalia, pecunias item frumenti vel olei publici, tributorum, alimentorum, fideicommissi etc. a kalendariis civitatum secernentis, quas publicis civitatis *rationibus*

contineri dubium esse nequit. Kalendario inde *destinata* pecunia appellatur dicta lege 64, quae nominibus faciendis, i. e. illo loco foenoris causa, a domino kalendarii ei, quem kalendario praeposuit, data est. Unde ipsa condictio, scriptura kalendarii nisa, *actio kalendarii* a Papiniano l. 39, 14 de adm. et per. tut. XXVI, 27 vocatur, quamvis kalendario non *contrahi*, ut expensilatione *in ipsum codicem* perscripta, sed *probari* tantum potuerit. Namque tam contrahendi auctoritas in fontibus *codici* tantum tribuitur, quam pecuniae *vera* solum, non etiam *ficta* datione, non *literis*, sed *re* contrahere officio eius, quem kalendario dominus praeposuerat, inerat. Kalendarium igitur tabulae erant, quibus dies continebantur solvendarum sortium vel partium earum vel usurarum, a kalendis appellatae uti a die diarium (= adversaria) quia et domesticae tabulae, quarum illud epitome erat sicuti adversariorum ipse codex, per menses conficiebantur, et usurae per menses solvebantur: ergo e duplici causa ipsis plerumque kalendis pecuniae exigebantur.

Subtilissima illa quaestio, si isto casu nostro dominus moritur, servum testamento liberum et coheredem relinquens, an solutiones debitorum servus possit accipere et quid inde juris sit: huc non pertinet.

Quatenus autem servus dominicas gerat rationes, ex *causa*, cui praepositus est, cognoscitur (c. 2 de exerc. A. IV, 25), condicionibus a domino impositis servandis: l. 11, 5 de inst. A. XIV, 3. Eatenus igitur dominus per servum obligatur. Qui si varias diversis temporibus imposuit condiciones, veluti modo cum hoc modo cum illo contrahi noluit: danda est omnibus, ne quis decipiatur, adversus eum actio. Praetor enim in jure circa institores constituendo aequitatis semper rationem observabat. Quare si *causa* quidem praepositionis *specialis* sit, e negotiis autem a servo gestis et contractibus perfectis *tacite* eum *generaliter* omnibus bonis videatur praeposuisse: tacita haec praepositio dominum obstringit: l. 8 quod c eo. Contra eam quidem aequitatem I.Cti veteres certabant, quum qui foenerando esset praepositus debitum pro alio *solvere* non deberet. Servum enim pecuniis tantum foenerandis (l. 8 cit. l. 41 de R. C.) praepositum iis, quae *sine foenore* fiant, veluti per intercessionem aes alienum suscipientem, dominum non obstringere (l. 19, 3 de inst. A. IV, 3; l. 8 cit.). Qui si debita pro aliis *susceperit*, recte dominum teneri; id enim *foenus* futurum et illos ex pecunia credita obligaturum esse. Sed *solutionem* pro aliis factam quasi fidejussionem, sine foenore, extra commodum domini neque eius negotia gesta esse, quum fidejussio creditori tantum prosit, non etiam ei qui intercesserit. Imperator vero praetoriam confirmavit sententiam; ideoque, qui *patitur* dominus servum intercedere et solvere debita pro aliis, omnibus eum negotiis videtur substituisse.

Servus autem *institor* non eo ipso *praepositus* semper est: l. 11, 2 de inst. A. XIV, 3. Cum *praeposito* tantum contrahi licet, sed dominus qui cum institore contrahi minime vult *palam* id debet proscribere. Amplius etiam „ne *negotium* cum eo geratur" potest proscribi. Sed illo quidem casu, quamvis praepositus non sit, institor etiam in posterum est, cum quo negotium geri licet; hoc vero ne institor quidem est, dominicas omnino non gerit rationes (l. 47 pr. de pecul.), taberna igitur, si quam habet, peculio continetur.

§. 10. *De locis quibusdam Ciceronianis.*

Tabulae *rite* debebant conscribi:

I. *Nimia brevitas,* unde non intelligas, quo pecuniae abierint, aut quo modo acquisitae sint, suspicionem doli mali parit: Cic. in Verr. I, 14 in. Singula igitur omnia debebant esse collecta et in ordinem conscripta, ita ut accuratissima ratio eluceret.

II. *Liturae* suspicionem falsi movebant. Sic Carpinatius apud Cic. in Verr. II, 76, 187 in ratione accepti, ubi *Verris* nomen positum fuerat, ne ille criminum convinceretur, *Verrutium* correxit.

Item, si quis alienas tabulas *intervertit,* ne debitum aut mutui jam facta restitutio inde ei probetur, sed ut aut nihil se debere possit contendere, aut non esse solutum quod sibi debeatur (Cic. pro Caecina 6, 17): dolus malus ipsi furto videtur inesse.

Liturae olim factae illustre exemplum exstat apud *Ciceronem in Verr. I, 36,* cuius loci varias interpretationes Kellerus novissimus interpres recensuit. Quarum de majore parte nihil amplius videtur adjiciendum, nec scriptura codicum temere sollicitanda est. Hunc autem casum Cicero proponit:

Verres impuberis Malleoli tutor factus ex ipsa hereditate Malleoli patris ex venditione rerum hereditariarum H.-S. vicies quinquies redegit retinuitque. Malleolus pater in provincia defunctus erat, Verres in provincia hereditate potitus est. Qui ubi Romam rediit, rationem reddidit nemini, nec pupillo, neque eius matri, nec collegis tutoribus; sua esse dicebat et ex propriis emisse, quae ex hereditate obvenerant. Tandem quum postulantibus resistere amplius non posset, ut diceret saltem, quantum pecuniae ex hereditate ipsi contigisset, non semel sed aliquoties dixit: H.-S. decies. „Deinde in codicis extrema cera nomen infimum in flagitiosa litura fecit; expensa Chrysogono servo H.-S. sexcenta millia accepta pupillo Malleolo retulit. Quomodo ex decies H.-S. sexcenta sint facta: quomodo DC eodem modo quadrarint, ut illa de Cn. Carbonis pecunia reliqua H.-S sexcenta facta sunt: quomodo Chrysogono expensa lata sint: cur id nomen infimum, in lituraque sit, vos existimabitis. Tamen H.-S. sexcenta millia quum accepta retulisset, H.-S. quinquaginta millia soluta non sunt.

Homines, posteaquam reus factus est, alii redditi, alii etiam nunc retinentur: peculia omnium vicariiquae retinentur."

Acceptum alicui refertur ex nostra certe sententia, quam supra explicavimus, tam quod accepimus ab illo quam quod ei ipsi debemus. Sed nostro quidem loco id ipsum expensum est. Expensum est servo. Cuiusnam is servus sit, utrum Verris an Malleoli, primum quaeritur. Expensum aut antecedit acceptum tempore, aut posterius est. Quod si antecesserat, acceptum referimus, ubi debitum nobis restituitur; sin posterius est, acceptum referimus, quod ipsi debemus: quod ubi restituimus, expensum ferimus. Utrum nostro prius factum sit loco: infra videbimus; utroque tamen casu necesse est, ut *Malleoli* servus Chrysogonus sit. Nam cui acceptum refero, cum eo contraxi, qui est Malleolus nostro loco. Συναλλάγματος autem natura requirit, ut uni eidemque expensum aut feratur aut latum sit, cui acceptum aut latum sit aut feratur. Servo sine dubio pecunia potest adnumerari, domino transferenda, sive debitorum accipiendis solutionibus sive mutuis etiam accipiendis pecuniis praeposito. Quamvis autem per servum possit pecunia transferri: tamen literis non potest per servum ita contrahi, ut ipsi servo expensa a creditore feratur pecunia. Nemo enim praeter patres familiarum jus domesticarum rationum habet. In *arcario* tamen nomine, quum *probandi* tantum medium sit, *utile* etiam videtur esse, ut, per quem pecunia sit translata, eidem expensa feratur. Quare nullo modo fieri posse censeo, ut de literarum obligatione nostro loco agatur. Quod eo etiam refellitur, quia de negotio inter pupillum et tutorem gerendo et in specie de reddendis tutelae rationibus Cicero agit. Jam quum iis rationibus reddendis pecuniae quoque pupillaris restitutio sit adjungenda: de hac ipsa restitutione nomen illud videtur esse conscriptum: ideoque *arcarium* est. Codicem enim illum *tutelarem* fuisse, quem tutor de administratione rei pupillaris conscripserit, eo probatur, quod, uti apud Ciceronem legimus, contra Verrem postea de tutela agitur. Quo in judicio illum solum proferre codicem potest cogi, qui ipsas rationes tutelares contineat.

Duo igitur imprimis Ciceronis opprópria sunt:

I. *litura.* Aliud igitur antea in eodem codicis loco scriptum videtur fuisse. Et Cicero quidem H.-S. decies conjicit ibidem accepta principio fuisse relata; quantum verbis certe Verres saepius confessus erat se debere. Dicit enim Cicero: „quomodo *ex* decies H.-S. sexcenta sint facta."

II. „quomodo DC eodem modo quadrarint, ut illa de Cn. Carbonis pecunia, reliqua H.-S. sexcenta facta sunt." — Constat enim, Malleoli patris hereditatem quasi propriam a Verre esse occupatam, nec quanta fuerit, tabulis *principio* traditum. Sed id primum tutoris officium est, ut inventarium rei pupillaris faciat. Quod omisisse Verrem, et in extrema demum cera, i. e.

in extrema codicis tutelaris pagina (in fine igitur tutelae), infimum, i. e. in extrema eius paginae parte, fecisse nomen, quo quantum hereditatis causa restituere deberet confiteretur: doli mali suspicionem et falsi Ciceroni movet. Sed *totam* etiam a Verre esse consumptam hereditatem arguit; quod enim se debere confiteatur, id non ex hereditate reliquum esse, sed ex furto in pecunias consulares commisso. Quo de furto v. Cic. in Verr. I, 14. Verres igitur primum quidem decies H.-S. accepta retulerat, quum crederet tantum sibi ex hereditate expilata reliquum futurum; ne, si minorem summam confessus esset scriptis quam verbis, reus fieret. Postea tamen, ut prodigus erat, etiam illa deficiebat pecunia; sed tutelares rationes erant confectae, quarum in fine illa confessio exstabat. Jam Chrysogono a Malleolo committitur officium, ut tutelae reddendas a Verre accipiat tam rationes quam ipsas pecunias. Qui, corruptus a Verre uti videtur, rationes manifestamque lituram comprobat; sed ne sexcenta quidem millia illa integra accipit, sed quinquaginta millium deductionem in solvendo patitur fieri, et Verrem domini nomine a rationibus reddendis liberat, parem adscribens rationem et codici subscribens tutelari. Malleolus vero servi factum non agnoscit, sed reum Verrem tutelae judicio constituit.

Cui interpretationi ne grammaticae quidem regulae obstare mihi videntur. Quod enim merito objicitur iis, qui expensilationem nostro loco factam priorem tempore putant fuisse, si id verum esset, Ciceronem dicturum fuisse: „quae expensa *fuerant* (seu: scripta erant, quasi *essent* expensa) Chrysogono ... accepta Malleolo retulit“: nobis non potest opponi, qui *uno eodemque tempore* a colludenti cum Chrysogono Verre expensilationem et accepti relationem esse factas existimemus in ea codicis parte, quae antea in expenso quidem vacua fuerit, in accepto vero majorem habuerit summam.

Kelleri quidem a nostra discrepat interpretatio, reliquas tamen loci nostri interpretationes sagacissime refellentis. Existimat enim, de *transcripticio* nomine loco nostro agi. Concedit quidem ipse, novationem illam secundum regulas stricti juris non esse perfectam, quum servus novare non possit. Tamen id saepe esse factum excipit et ratihabitione domini perfectum. Sed, quaero, nonne expensilatio actus legitimus est, condicionem non recipiens, neque insequenti ratihabitione perficienda, quum deficienti jussu ab initio sit vitiosa? Sed in eo cum Kellero consentimus, quod t servanda sit codicum lectio et Chrysogonus pro servo Malleoli habendus.

Aeque codicibus fides habenda est in Ciceronis orat. pro Rosc. Com. 3, 8. Quo loco Fannius pecuniam petit ex adversariis, quamvis triennium amplius in adversariis nomen jaceat itaque in codicem ille transcripsisse atque e codice petere debeat.

Quae enim fides adversariis habetur? Quae fides civi et eius petitionibus habenda, qui in judicio petere audet, quod ne in codicem quidem transferre ausus sit? Haec igitur Cicero: „Sunt duo menses jam, dices. — Tamen in codicem acceptum et expensum referri debuit.“ Difficultatem haec scriptura movet, quia quod acceptum et expensum eodem codice est, *solutum* videtur esse et *extincta* obligatio. Quae ut tollatur, Schelleri sententia, „acceptum et expensum“ pro „acceptorum etc. (acceptûm etc.) poëtarum licentia esse dictum existimantis, maxime comprobanda esse mihi videretur, nisi constanter Cicero de codice „accepti etc.“ semper loqueretur. Reliquas interpretationes non moror, sed *generaliter* loqui Ciceronem arbitror: „Quum *menstruas* conficere rationes civile officium esset, tam acceptum quam expensum *omne* ex illo mense, ex quo deberi sibi tot Fannius contenderet, in codicem transferre eum debuisse: quorum numero quum illud nomen expensum non tulerit, non sibi deberi ipsum confiteri.“

Sed quae de adversariis Kellerus huic loco addit, ea plane contraria verae literarum obligationis indoli mihi videntur esse, quamvis cum definitione codicum ab illo ipso proposita bene congruant. Censet enim, uti supra vidimus, codicem librum *solutionum,* non *obligationum* fuisse. Unde negotia perfecta non adimpleta, ea certe, in quibus nulla jam *solutio* facta sit, aut *novatio* quae vim solutionis habet, ab *illo codice* aliena fuisse efficit. Atque eius rei gratia, ut negotia non adimpleta reciperent notitiae causa, *adversaria* instituta esse docet. Sed haec definitio eo potissimum nititur, quod *novandi* solum gratia literis contractum esse putat. Quid enim de expensilatione dicendum, quam ob causam futuram aut donationis causa alter jubeat fieri? Nihil solutum est; quare secundum Kellerum in ipsum codicem illa non esset transferenda. Sed codicis auctoritate *omnis* literarum obligatio perficitur; quare illa obligatio non foret perfecta, quum codice non contineretur, sed adversariis. Tunc etiam ratio inciperet ipsa solutione, quod expressis fontes refutant verbis. Nec verisimile est, aliam fuisse argentariam, aliam privatam rationem: quum ex mensariorum publica ratione illa defluxerit, mensariorum ad privatae exemplum instituta sit.

§. 11. Quid sit „transcribere“ in nomine transcripticio?

Literarum obligatio, quae novationis causa fiebat, *transcripticium nomen* appellabatur. Nomen transcribitur; ex adversariis in codicem transcribi et inde nomen ducendum esse, Krautius contendit. Sed arcaria etiam nomina adversariis continebantur et in codicem transcribebantur; neque illatio in adversaria facta necessaria est, ut transcripticium nomen fiat. Kelleri autem sententia, transcripticium nomen, quod unicum literis contrahendi modum

fuisse censet, eo perfici, ut, quod ex alia causa mihi debeatur, quum liber „solutionum“ domesticus codex sit, quasi acceptum, i. e. solutum, perscribatur, idem deinde in paginam expensi quasi denuo debitori traditum transcribatur: eo refellitur, quod „solutionum“ librum codicem minime fuisse vidimus. Wunderlichii sententia haec est: „Transcribitur *quasi* vetus obligatio in novam: mutatur enim novatione illa causa debendi debitorisve persona.“ Sed tam improprie veteres Romanos voce „transcribere“ usos esse, non verisimile est.

Puto ex mea sententia rem posse explicari. Dixi enim, transcripticium a re in personam eo fieri nomen, ut

I. primum acceptum referatur prius debitum —

II. deinde tantundem expensum feratur, et ex illa causa manare adscribatur.

Transcribitur item a persona in personam primum accepti relatione, tum hac expensilatione, sed haec in *novi* debitoris nomen fit.

In arcariis etiam nominibus „ultro citroque“ scribitur, i. e. ubi redditur quod mutuo dedi acceptum referendum est, quod expensum antea tuleram; sed in novatione illa quod acceptum refero in expensum simul transcribo; ideo *transcripticium* nomen appellatur, quod non solutione debitum extinguitur, sed illa *accepti relatione;* nec solutione novum ex illo debitum prodeat, sed *expensilatione.* In arcario igitur nomine transcriptio, quae a creditore in acceptum, a debitore in expensum fit, non contractum perfectum, sed adimpletum et solutum significat; in transcripticio vero ipsa transcriptione contrahitur. Unde illud merito arcarium vocatum; nam quod solvitur, in ratione esse desinit, quum tantundem expensum atque acceptum sit; ex ratione in arcam transit. Quare recte dictum in fontibus exstat: „nuda solutione rationem non incipi.“

CAP. IV.

Quaedam de mensariis et argentariis, ad codices et rationes spectantia.

---

§. 12. *De publicis mensariis.*

Mensarii publici Romae perraro creabantur; apud peregrinos vero, in Graecia et Asia, continuus magistratus in nonnullis certe civitatibus erant, sine cuius consensu nummus nullus in civitate poterat moveri. *Aerarii* tam apud Romanos quam apud peregrinos eorum mensa erat, non *propria.* Sigonius quidem inde, quod apud peregrinos a *populo* eos creari Cicero distincte narret, Romae idem non fuisse observatum conjicit. Obstant tamen loci Liviani:

I. Livius XXIII, 21, (post cladem Cannensem) „*rogatione*“ inquit „*tribuni plebis* illi creantur.“ Rogatio autem legem ferendam spectat. Tributis igitur comitiis tum electio competebat.

II. Livius VII, 21 aeris alieni solutionem in *publicam* curam esse versam tradit et ad eum finem quinqueviros c r e a t o s.

Magistratum igitur dignitate Romae etiam mensarii illi praediti videntur fuisse. Neque ante annum U. C. 403 mensarii vox Romae nota erat. Livius enim l. l. haec dicit: „quos mensarios ab dispensatione pecuniae appellarunt.“ In usum privatorum tamen ab initiis urbis, more ab Etruscis petito, homines similibus negotiis operam dedisse, jam Sigonius Dionysii auctoritate probavit. Sed quo nomine, plane ignoramus, quum „argentariorum“ etiam appellatio usum signati argenti, i. e. Pyrrhum regem devictum (Plin. H. N. XXXIII, 3, 13), non potuerit antecedere. Krautii etiam opinio, ante mensarios illos *definitum jam privatorum argentariorum numerum fuisse,* nullo valido argumento sublevari potest. Nam pervetustae quidem tabernae in foro Romano et voces illae „sub veteribus“, „sub novis“, sunt (Varro de L. L. VI, 59; Plaut. Curculio IV, 1, 19), sed *omnium generum* tabernae sine dubio ibidem erant. *Definitus* etiam argentariorum numerus *cura* demum praetorum constitutus videtur esse; sed speciali eorum curae argentarios ante mensarios institutos subjectos fuisse verisimile non est; tunc enim in usum publicum praetores argenta-

riorum operas vertissent neque unquam, credo, tanta argenti penuria plebem cepisset. Sed etiam si cepisset, non opus fuisset, ut mensarii crearentur, sed privatis argentariis id ipsum officium committi potuisset.

E diverso, publicos mensarios illos causam et exemplum dedisse instituendi *certi ordinis* argentariorum cum definito numero, sub publica cura, in publica fide, cum certis privilegiis: quum eo efficitur, quod tanta argenti penuria nunquam postea Romae extitit, tum eo maxime, quod praetorum edictis, non veteri jure civili jus omne de argentariis constitutum est.

Livius quidem in definienda voce „mensarius" ad veterem illum „adpendendi *aeris*" morem videtur eam referre, sed malo publicarum rationum illarum e privatis originem eo significari; in his enim similis „expendendi" vox usui aeris superstes erat. Unde qui toti obaeratae plebi pecunias „expendet" „dispensator" merito vocatur. Similiter vox „aerarium" superstes ex illo tempore est; et „aeraria ratio" pro *collybo* apud Ciceronem pro Quinctio 4, 17 exstat, quamvis collybus esse non possit nisi in civitate, cuius in usum diversorum generum nummi venerint.

Mensarii autem apud Livium plane simili funguntur munere, quali postea argentarii; μεσῖται enim sunt inter creditorem et debitorem, solvendi debiti causa interpositi. Omnia igitur debita persolvunt, quorum nomine „populo" cautum est; *realis* autem cautio debebat esse, quum alioquin „jactura" profecto rei publicae inde extitisset; eum ipsum solvendi pro cautione morem argentariorum postea fuisse constat. Res illi debitorum justis et aequis pretiis aestimabant, sive ut creditoribus eas in solutum darent, sive ut publice eas venderent et pretia creditoribus solverent. Et hoc quidem majorem veri speciem habet, quum Livius „sine injuria" eos egisse dicat, et illud sane injuriam contineat, si quis rem pro pecunia accipere cogatur. Quodsi hanc interpretationem accipimus, praesidibus mensariis publicas illarum rerum venditiones factas esse apparet; quorum ad exemplum postea privati argentarii idem munus susceperunt.

Post cladem Cannensem vero ad accepta referenda, non ad expensa ferenda mensarii creabantur, quum res publica a privatis argentum quaereret. Arcaria autem utroque casu, non transcripticia nomina fiebant, quippe quae solutionibus inciperent.

§. 13. *De privatis argentariis.*

Mensariorum inde negotia et nomen ad privatos argentarios transferebantur, quorum mensae item in foro erant positae: Plaut. Asin. II, 4, 22. Unde in tantum usum hominum hi venerunt, ut in Maniliana oratione Cicero rationem pecuniarum Romae in foro versari diceret. Fori autem solum quum publicum sit, argenta-

rius dominus tabernae esse nequit, sed usuarius est: Ulp. l. 32 de contrah. E. XVIII, 1. Quo loco id quidem minime probatur, quod Almendingenius contendit, ad exercendas mensae rationes talis tabernae possessionem necessariam fuisse, quum quod de „jure" Ulpianus dicat non ad hoc jus referendum sit sed ad jus utendi, quia de aliis etiam tabernis in publico solo positis Ulpianus disserit: auctoritas tamen illa, quam praetores de argentariis optinuerunt, proximam causam in eo videtur habuisse, quod tamquam magistratus de publico solo eos expellere et utendi jure privare potuissent, qui propria lucra nimis spectassent eoque publicae fidei potius obfuissent quam profuissent. In foro enim posita taberna propter frequentiam civium, maxime negotiatorum, plurimum commodi argentariis praebebat.

Latinae linguae pro „argentario" propria synonyma omnia graeca voce „τραπεζίτης" continentur, unde „trapezita" apud Plautum passim, veluti in captiv. I, 2, 90, legitur. Justinianus quidem in Nov. 136 voce „ἀργυροπράτης" utitur, pro qua in eadem Nov. infra dicitur „οἱ ἀργύρου τραπέζης προεςότες"; utraque autem vox minime graecae originis est, sed altera vocis „argentarius", altera vocis „argentariae mensae praepositi (seu exercitores)" ad verbum plane expressa interpretatio est. Ceterum Justiniani compilatores latinorum synonymorum illorum differentiam non observabant (cf. l. 7, 2. l. 8 depos. XVI, 3. l. 24, 2 de R. auct. jud. XLII, 5) (si qua tum temporis erat reliqua), sed promiscue illis verbis utebantur: ita ut certe secundum Justinianeum jus unum solum trapezitarum genus esset. Quod Almendingenius omnibus item temporibus fuisse censet: unam quidem trapezitae personam fuisse, sed a diversis negotiis diversa nomina indita. Equidem puto, e veteri jure civili plures personas fuisse cum diversis negotiis, neque eos definiendi distinguendique necessitatem fuisse, quum speciale de iis jus constitutum non sit. Quod quum praetoris postea edicto fieret (l. 4 pr. de edendo III, 13), edendi officium „argentariae mensae exercitoribus" impositum est. Quae vox *ipso quidem jure* eos tantum *argentarios* continet *qui mensam exercent;* tamen *ex edicto nummularios* quoque *non esse iniquum* cogi rationes edere Pomponius apud Pap. l. 9, 2 eod. scripsit; *rationes* enim et ipsi conficiebant sicuti argentarii. Jus igitur de argentariis constitutum eorum omnium commune est, qui praeter alia negotia *mensam* civibus faciunt (Cic. de off. III, 14, 58). Ii enim *similes* argentariorum sunt (arg. l. 10, 1 eod.) quoad *publicam* officii ac ministerii causam, de qua rationum edendarum onus impositum est et rationes merito „argentariae professionis instrumentum" vocantur l. 6, 9 eod. *Minores* quidem argentarii sunt, qui non proprio sed *majorum* nomine rationes actus conficiunt. Sed majores quum pro illis teneantur, edendae etiam hae rationes. Sic *dominus argentariae* opponitur servo,

per quem ille negotia mensae gerit, et ut per institorem obligatur, quod idem in *privatis* rationibus fieri vidimus et sub iisdem condicionibus. Sic in publicis venditionibus argentarii venales vendebant res, *coactores* eorum arcam habebant et nummos ab emptoribus (circumforaneis) exigebant: Hor. sat. I, 7, 86 cum comment. Acronis. Quorum instrumenta de illis facta (*auctionalia* plerumque; τραπεζιτικοὶ λόγοι: Bas.; *tabulae auctionariae:* Cic. in Cat. II, 8, 18) publicam fidem habebant et in judiciis proferebantur (l. 1, 3 de tut. et ratt. distrah. XXVII, 3), testium loco adhibita. Sic rationes argentariorum a scribis conficiebantur (*Samaritis:* edict. IX, 2, 1).

Τραπεζίτης idem quod latine „mensarius" seu „mensularius" est: unde Krautius et Zimmernius hanc generalem fuisse vocem putant. Cui sententiae ipsa edicti verba obstant. Quod tamen Krautius cap. III. de differentia singularum specierum docet, scilicet non omnia negotia omnium fuisse communia, sed neque argentarios in collybo lucra cepisse, nec nummularios publicis venditionibus praefuisse: hoc quidem fortasse verum est, illud tamen argentarii negotio procul dubio continebatur; quamvis enim casu in fontibus exemplum non exstet, Suetonius tamen vocibus „mensarius", „nummularius" (in Aug. 4 i. f.), „argentarius" (eod. 2 i. f.) promiscuo utitur, ubi de collybistae negotio disserit. Merito igitur Cuiacius obs. X, 14 collybum lucellum sentit fuisse, quod pro permutatione pecuniae, i. e. pro cambio, *argentarius* acceperit, sive diversi generis nummos pro aliis dederit, sive recentes pro veteribus: Briss. v. asper. Et recentes quidem, non veteres, *asperorum* nomine venisse (unde *aspratura* pro collybo dicebatur), Suetonius in Nerone 44 et Seneca ep. 19 probare mihi quidem videntur. Quod etiam Muretus censuit. Lipsii enim contraria sententia conjectura nititur, non auctoritate codicum. Asperos tamen non ideo dictos existimo, quod „recentes", sed quod recentes per se „candidi" sint. Unde apud Turcas hodie etiam „aspri" nummuli ex argento sunt. Sed qui probiores fuerint, asperi an veteres, id ex tempore diversum debet fuisse; non quovis enim tempore eiusdem probitatis nummi signantur. Recentes tamen eo semper debent esse probiores, quod longo usu non sunt detriti. Quibus in rebus argentarii tamquam artis periti ad privatum usum maxime serviebant; *per eos* igitur solutiones plerumque fiebant, ne ex qualitate quis nummorum damnum sentiret.

Praeter collybum illum lucra argentarii capiebant tam usurarum quam depositi creditive nomine: illic pecunias ipsi foenori dantes (unde *foeneratores* seu *danistae* vocabantur: Plaut. Mostell. III, 1, 6), hic easdem accipientes. Et in *creditis* quidem pecuniis acceptis lucrum in eo positum erat, quod majores usuras ab aliis pro usu eiusdem sortis concesso accipiebant quam

ipsi dabant. *Deposito* vero quum argentarium uti non liceret, maxime *proprio*, i. e. ubi convenisset idem, non tantundem reddi (l. 24 depositi XVI, 3): verisimile est, argentarium pro custodia praestanda aliquid accepisse. Attamen in *improprie* sic vocato deposito, i. e. in gratuita pecunia, ubi convenisset tantundem reddi, usu concesso satis credo lucri idem videtur cepisse.

§. 14. *De mensis dominicis.*

Servus in mensa (seu „mensae": c. 3 de exerc. et inst. A. IV, 25) praepositus (l. 5, 3 de inst. A. XIV, 3), sive institor actorve (l. 97 de legat. III) apud mensam pecuniis accipiendis factus (l. 19, 1 de inst. A. XIV, 3): curator argenti erat, quod mensa continebatur (l. 22 de manum. test. XL, 4): itaque cum diligentia boni patris familias mensam exercere et *rationes* postea *reddere* debebat. Atque in hac quidem re duplex eius munus erat: alterum, ut codices ceteraque domino instrumenta restitueret; alterum, ut res ipsas pecuniasque adsignaret. Rite autem redditis rationibus, dominus *parem ei adscribebat rationem*. Quare testamentariae servi illius manumissioni, cui adscripta condicio reddendarum rationum erat, id etiam inerat: „si heres parem ei adscribere posset rationem." Sed ne par quidem adscripta ratio ad libertatem ei sufficiebat, si diversae ipsius heredis et eius, cui rationes reddebantur, personae erant. Fieri enim poterat, ut hic culpa parem adscriberet rationem quae servi culpam contineret: tunc igitur rationes demum ab illo heredi rite redditae, si pares adscribebantur, servi rationem parem reddebant. E diverso, si servus in culpa non versatus est, alterius culpa nihil ei nocet: l. 41, 10 de fideic. libert. XL, 5.

Mutato autem praepositi statu causa periculi non mutatur, si eadem in posterum negotia a liberto geri dominus patitur: l. 19, 1 de inst. A. XIV, 3. Libertus igitur domino tenetur; dominus contrahentibus. Tamen hi contra servum quidem agere non poterant, quum „legitima persona standi in judicio" ei deesset; contra libertum vero agere poterant ex mensae scriptura pro pecunia in mensa liberti exstante. Quare si mensa praeposito adimebatur aut mandatum veluti bonorum domini venditione extinguebatur: cessabat omnis illius obligatio adversus contrahentes, quamvis scriptis eam quasi *propriam* subisset. Huic igitur chirografo tacita condicio „qua institorem eum contrahere" inerat, modo alieno nomine mensam ab eo exerceri aut expressis verbis continebatur (l. 20 de inst. A. XIV, 3) aut alteri aliunde jam notum esse debebat. Quo cognoscitur, argentarios deponentibus chirografa misisse, quibus summa pecuniarum et dies solutionis scripta erat: l. 47, 1 de pact. Sin variis negotiis et compensationibus usurarumque computationibus nimis implicita ratio erat,

ad controversias vitandas saepe transigebant. Quo transactu chirografa ab utraque parte alteri missa cuiuscumque summae ex quocunque contractu vim probandi amittebant, quum novum plane debitum inde extitisset. E contrario, si *non per mensae scripturam* ille cum argentario nonnullas obligationes contraxerat: hae manent intactae, quum ad rationem accepti et expensi non pertineant. Quo probatur, *domesticos* argentarii codices diversos fuisse ab eiusdem *mensae* codicibus. Hi soli quasi publici erant, illi privati. Unde differentiam magni momenti inter veteres omnium civium et recentiores argentariorum (mensae) codices fuisse apparet: in eo positam, quod illis quidem *omnes* obligationes continebantur, his *certi* tantum *generis*. Quod ii parum respiciunt, qui argentariorum quasi publicis codicibus literarum postea maxime obligationes contractas esse censent, quamvis in fontibus *domesticis* codicibus tantum eadem vis tribuatur.

§. 15. *De usuris ab argentario praestandis.*

Quo die, cuiusve generis nummi restituendi essent, saepe argentarius alterius arbitrio permittebat. Prima tamen semper quaestio est, utrum *deposita* pecunia sit an *credita*. Ille enim argentario saepe scribebat: „*commendo* tibi nummos“ (l. 24 depos. XVI, 3): qua voce tam depositum quam creditum continebatur. Videndum igitur e distinctione supra a nobis allata, utrum eadem corpora nummorum debeant restitui, an tantundem eiusdem qualitatis. Illo tantum casu proprium depositum est: usurae igitur nullae peti possunt, quum ne usus quidem nummorum permissus sit. Ubi vero tantundem debetur, usu permisso fieri potest ut usurae petantur. Nam finge, depositas quidem pecunias esse, sed nihil de qualitate restitutionis provisum: ipsa tunc scriptura, qua confitetur, pecunia se usum esse usurasque daturum, argentarius tenetur, quamvis *in mutuo* id aliter foret, quum nuda ratio non faceret aliquem debitorem. Sed haec est differentia: mutuum ipsa natura *gratuitum* est *strictique* juris: quare usurae neque ipso jure inde nascuntur nec pacto adjecto possunt promitti, quum mutui causa dari non debeant: sed stipulatio omnimodo de iis facienda est. Depositum vero *bonae fidei* est, et bona fide continetur, ne vacuae deponenti pecuniae sint, quarum usu depositarius fructus sit: l. 28 depositi XVI, 3.

Tamen si ne nuda quidem usurarum *pollicitatio* scripta in hoc improprii depositi judicio proferri potest: nisi ex *mora* usurae non debentur, quia argentarius pecuniam suscipiendo beneficium alteri videtur praestare. Depositum enim gratuitum quum esset, usurarum praestatio hoc casu cum bona fide non conveniret. Papinianus tamen lege 24 cit. sibi ipse videtur repugnare; de deposito enim et de natura depositi disserit; tamen proprium depositum non

est, ubi *tantundem* reddi convenit. Et ipse dicit: „si depositi actio non *teneat*“: depositi tamen hoc casu agi constat eiusdem l. 25, 1 eod.; cf. Paul. l. 26, 1 eod. Quare sententiae illi „depositi actionem non tenere“ id unum inest, non secundum regulas *proprii* depositi, sed adhibita aequitate a judice decidi debere, et contra depositi regulas ex bona fide usuras quoque condemnationi adjiciendas esse. Duobus igitur casibus depositi actio non tenet quantum ad usuras: *conventionis, morae.* Sed finge, e privatis obligationibus argentarium debitorem fuisse, priusquam creditoris gerenda negotia susceperit. Quae ubi suscepit, debitum etiam rationibus inferre debet: l. 38 de neg. gest. III, 5. Qua illatione creditor securus erat de pecunia in ipsius commodum vertenda, quum rationes postea reddendae essent. Sed tunc demum inferri debebat, quum dies solutionis extiterat („si a semet ipso exigere eum oportebat“). Quod si ille omittebat, usuras ex bona fide debebat, nec maximas nec poenales. Hae enim tunc solum praestantur, si alienas pecunias *furto usus* in proprium usum converteris. Sed nostro casu in proprium usum argentarius pecuniam *acceperat*, quam quia justo tempore nec reddit neque infert, *ex mora* (non ex furto) usuras debet, quantis ipse creditor sortem aliis mutuam dare potuisset. Diversum est, si *post* suscepta illius negotia pecuniam acceperit; tunc enim eo ipso ad convertendam in usum creditoris pecuniam obstrictus est: quod si omittit, *maximas* usuras praestat.

Quo probatur, illationem pecuniae in codicem argentarium factam solutionis loco esse (cf. l. 32, 4 de usu leg. XXXIII, 2) nec moram inde posse nasci.

Sed mirum primo aspectu videtur esse, quod depositi plerumque, perraro mutui, apud mensam facti in fontibus mentio fit; et maxime *improprium* depositum illud per argentarios in usum videtur venisse. Primum igitur consideres, praetorum edictis jus circa argentarios esse constitutum, eandem autem aequitatem in judicio stricti juris observari non potuisse. Deinde in deposito melior creditoris condicio est, quum facilius usurarum praestatio inserenda sit, facilius etiam in judicio impetranda condemnatio. Sed uno certe casu (l. 24 de pec. constit. XIII, 5) fieri nequit, ut irregulare depositum esse partes constituant: scilicet si argentarius nihil in natura acceperit. Tunc igitur creditum est, et ne *verum* quidem sed *quasi* creditum, quum non *re*, sed *verbis* obligatio constituatur: *pactum de constituta pecunia,* quo integra manet prior obligatio. Quod quum non sit irregulare depositum, ne usurae quidem praestantur. I. e. quod dicitur pactum de constituta pecunia non posse in plus obligare quam causam praecedentem: l. 11, 1. l. 12 eod. Ergo *scripta* etiam obligatio ad usuras praestandas inutilis hoc casu est. Argentarii autem constituta pecunia, quamvis *scripto* confirmetur, irrita est, si, justo errore nisa,

aut lucrum respicit, quod postea propter errorem illum non evenit, aut justam causam profert, quam deesse postea intelligitur. Tunc igitur neque usurae nec sors ipsa debetur et solutum omne indebiti condictione repetitur: l. 31 eod.

Omnibus autem, quae diximus, satis puto intelligi, *novandi* vim scripturae argentariae nullam fuisse, nec literarum obligationem inde esse natam, sed debiti semper praecedentis naturam servatam esse. *Argentarius* enim codex minime *domesticus* sed *quasi publicus* erat: id quod differentia de edendi officio infra alleganda ad evidentiam elucebit. Plane idem denique juris erat circa chirografa eius, cuius negotia argentarius gerebat: l. 61 pr. de O. et A. XLIV, 7.

§. 16. *De reddendis ab argentario rationibus.*

Omnia negotia Romani saepe argentariis committebant et omnes pecunias apud mensam depositas habebant: l. 28, 9 de lib. leg. Quodsi quis defunctus fideicommissum argentario reliquerit, quo rationum reddendarum nomine eum liberaverit, tam earum, quas per mensam, quam earum, quas extra mensam pro ipso gesserit: a restitutione quidem ipsarum pecuniarum apud mensam reliquarum argentarius non liberatur, sed quum ad rationes reddendas non possit cogi, heredes alias probationes proferre debent, e cuius disceptationis qualitate judex ex officio, quantum restituendum sit, aestimat.

Diversum est in rationum reddendarum remissione, sive *actis* sive *tempore speciali.*

Prioris exemplum extat in l. 31, 1 de lib. leg. Quo loco remissae sunt rationes negotiorum gestorum, non etiam bonorum administratorum. Horum igitur respectu argentarius rationes etiam reddere debet et omnia restituit, quae e re domini reliqua apud ipsum exstant. Sed negotiorum gestorum rationes edi heredes postulare nequeunt, sicuti ne illud quidem restituitur, quo negotiorum in rem domini versionem ille fecit.

Quod ad *tempus* attinet, lege 12 eod. rationes reddendae remittuntur usque in id tempus „quod erit post novissimam meam subscriptionem.“ At nonne ipsa subscriptione rationem usque ad id tempus redditam esse efficitur? Remissio igitur illa, ut etiam in l. 41, 10 de fideic. libert. XL, 5, superfluum videtur continere. Vulgata quidem lectio pro „volo“ in „quem rationes reddere volo eius temporis, quod erit post etc.“ „nolo“ habet. Sed tunc *omnis* rationum redditio remissa foret, neque heredes, non omnia esse rationibus illata, excipere possent. Itaque subscriptio illatas tantum rationes ratas videtur habere, liberatio omnes.

Subscriptio autem tunc demum fiebat, si *disputata* ratio cum argentario erat: Plaut. Aulul. III, 5, 51. „Disputare rationem“

et „computare" sibi contraria sunt. Computat primum argentarius conscribendo rationem; computat deinde alter, rationes relegens et recognoscens; hic postremo rationem disputet, conferendo accepta et data. Utrumque autem verbum „putandi" voce continetur. Quae a „putum" (vox antiqua pro „purum") derivatur: summa enim in disputata ratione pura est. Varro L. L. VI, 63 (putare a πυθέσθαι: §. 96 eod. Rationem putare = ἐκκαθᾶραι λογισμόν).

Apud Ulpianum l. 56 pr. de V. S. pro „computare" „cognoscere", pro „disputare" „dispungere" (cf. Sen. de ben. IV: „Apud me istae acceptorum expensorumque rationes dispunguntur") eodem plane sensu exstat. Eleganter etiam Callistratus l. 82 de condic. eandem rem his verbis significat:

„Ille autem utique non sic solebat servo suo, ostendenti reliqua, rationes subscribere, sed ita, ut legeret, examinaret, exciperet."

Quod ut fieri posset, is, qui negotia gesserat „legendas offerre rationes" debebat.

Disputata deinde ratio aut „parem" *ostendebat* rationem aut differentiam acceptorum et expensorum. Quam ipsam creditor sibi restitui si volebat, exactionem nummorum ab argentario aliis foenori datorum illi committebat: l. 41, 10 de fideic. lib. Redactos (i. e. exactos) nummos hic creditori expendebat: qui est finis reddendarum rationum.

Sed quaeri potest, an subscriptio nummos restitutos esse probet. Sed *illatas* tantum rationes subscriptione respici supra vidimus, et subscriptio videtur ante restitutionem plerumque insecuta esse, sicuti in chirografo de mutuo scripturam ipsam solutionem saepe antecessisse constat; nec mihi quidem verisimile est, mensae praepositum ante subscriptionem factam solvisse; scilicet ne alter solutum esse neget, neve, non subscriptas esse rationes, in judicio alleget. Ergo subscriptio id solum efficit, *probas* esse rationes, quantum certe iis illatum sit; non etiam, *restitutas* esse pecunias; fieri igitur poterat, ut in judicio reddendarum rationum, si exciperet argentarius esse subscriptum, replicando alter non numeratam esse pecuniam dicat; potest etiam replicare, esse quasdam ipsius summas apud mensam rationibus non illatas.

Unde magnam diversitatem interesse inter „subscribere" et „parem adscribere rationem" apparet. Quae verba id ipsum continebant et demonstrare intendebant, reliqua omnia esse restituta; Sen. ep. I, 9. *Paria*, seu pares rationes paremve rationem, *facere cum aliquo:* passim apud Senecam exstat; *pariatio* apud Scaevolam l. 67, 3 de condict. indeb. XII, 6. *Subscriptio* contra id solum *intendebat* demonstrare, ratam haberi ipsam rationem. Itaque hac adjecta praesumitur, nihil esse in natura restitutum; contrarium vero est pari adscripta ratione. Sed dicet quispiam,

exceptionem non numeratae pecuniae contra hanc etiam adscriptionem posse optinere. Quaero autem, qua forte causa dominus negotiorum possit commoveri, ut adscribat, quamvis nihil acceperit. Mutuum quidem creditor solvere non vult, nisi antea chirografum acceperit; nec debitor, quominus chirografum antea tradat, recusare potest, quum sub ea solum condicione pecunia ei detur. Iis igitur causis exceptio non numeratae pecuniae quum potissimum nitatur, in argentaria ratione reddenda nulla earum optinet. Quare stare alter confessioni debet. Sed etiam distincte l. 17, 3 de dol. mal. et met. exc. XLIV, 4, qui parem faciat rationem, de omni restitutione sponte recedere efficitur. In integrum tamen ex justa causa contra pariationem potest aliquis restitui; veluti si dolum argentarius commiserit: l. 22 de manum. test. XL, 4. Eodem pertinet l. 67 cit., quae *videtur* quidem probare, pariationi posse exceptionem de non numerata pecunia objici, de *indebiti* tamen condictione re vera disserit eamque dicit competere contra pariationem et pactum, quod in ea adscribi soleat „ex hoc contractu nullam amplius inter se controversiam esse“; quo ipso adscribendi pacti more transactum pariatione contineri efficitur. Indebiti enim condictio *errore* nititur, error autem justa in integrum restitutionis causa est. Sin argentarius non depositarii, sed foeneratoris munere functus erat, alter pariatione debita se restituisse probabat. Post hanc igitur pariationem argentaria ratio nihil contra eum probabat (Sen. de ben. VI). Unde „parem rationem facere cum aliquo aliqua re“ apud Senecam in epist. I, 19 exstat, quum aliquid pro licentia pariandi his casibus dari debeat.

Duae igitur partes reddendarum rationum sunt: „rationes ordinandae, reliquum reddendum“: l. 21 de statulib. l. 82 de condic. Illae in *facto* consistunt, hoc in *datione* (in reponendo et restituendo) exsistit. Nam priusquam reliquum reddiderim: *reliquor*, i. e. non restitui, quod ut solverem obstrictus sum: l. 40 pr. de statulib. Ordinatis etiam rationibus exhibendis inest, ut cautiones instrumentaque omnia actus sui argentarius edat: l. 82 cit. Quare quasdam summas rationibus non inferendo furtum ille admittit (l. 40 cit.): eas enim sibi retinuit. Ex mixtura igitur quadam facti et dationis reddendae componuntur rationes: namque incipit quidem res a facto, pervenit autem ad pecuniam.

Rationibus denique *heredi* reddendis res etiam insita est, domino negotiorum per se nota, scilicet ut notitia instruatur rationum, quo sciat, quid in quaque ratione scriptum sit: l. 82 cit.

§. 17. *De edendis argentariorum rationibus.*

Hac in quaestione cum Cuiacio obs. X, 14 acriter distinguendum est inter *edendum* et *exhibendum*. *Edit* enim etiam,

qui *exemplum* porrigit; *exhiberi* vero ipsa tantum *corpora* possunt. Qui *actionem edit*, declarat quo *genere* actionum uti velit; qui *exhibet*, ipsam illam *cedit*. *Actiones* igitur ex praetoris edicto *eduntur*, non etiam *exhibentur; argentarii* vero *rationes exhibent.* Generaliter tamen tenendum est, edere etiam eum dici qui exhibeat.

Pervetusta autem in jure Romano *actionis* editio est et in fine in jus vocationis fiebat: qua de re v. Schweppium in hist. jur. Rom. Goett. 1826. §. 556. *Instrumenta* tamen actionis, *media actionis probandae*, non simul edebantur, quum actoris officium id solum spectaret, ut actionem reus cognosceret, qua conveniretur, et, si contendendum esse existimaret non foro cedendum, ut instructus ad excipiendum veniret: cf. Ulp. l. 1 pr. de edendo II, 13. *Genus* igitur solum actionis et *causa* agendi cum reo communicabatur.

Pervetusta item *rationum* editio erat, quam in *domesticis* rationibus optinuisse conjici licet ex iis, quae de lite e literarum obligatione instituenda infra dicentur. Certum autem est, verum edendi officium *argentariis* a praetore esse impositum: l. 4 pr. eod. *Jussu* enim *mandantis* edere debebant: l. 10 pr. eod. Tamen ne eas quidem rationes edebant, quae ex *propriis* veniebant, sed eas tantum, quae ex *argentaria*: l. 6, 3 eod. Quare quum qui non sint argentarii argentarias non habeant: nihil edere hi debent rationum. Sed ne quis ab argentario editionem earum rationum postularet, quae nihil postulanti probarent, aut quas ipse jam possideret: si adversarius postulantis argentarius in judicio erat, jusjurandum ab illo exigebatur, ne calumniae causa postularet sibi edi: l. 6, 2 eod.

Propriam igitur *actionem in factum de edendo* praetor constituit, quum mandati actio contra procuratorem tantum competeret. *Reddere* quidem rationes mandatarius etiam, socius, tutor debebant, sed civiles mandati, pro socio, tutelae actiones ad edendum simul se dirigebant. Magna tamen „reddendi" et „edendi" differentia est. Namque „reddere" etiam debeo rationes, unde proprium damnum mihi possit nasci; „reddit" plerumque reus actori; „redditis" denique rationibus negotium solutum est. „Edendi" vero officium a Justiniano certe sub condicione, si nullum inde patiatur damnum, alicui imponitur; „edit" *actor actionem*; „editis" denique rationibus *perfectum probatur* negotium, non dissolvitur. Quodsi non *reddebatur*, plus etiam actor impetrare poterat juramento in litem praestito; si vero non *edebatur*, causam amittere, vel si reus erat condemnari poterat (l. 10, 3 eod.): quo quidem casu ab argentario id ipsum, quod ita perdiderat, agendo consequebatur, sed quid dicemus, si solvendo hic non erat?

Communis autem tam reddendo quam edendo *bona fides* erat: l. 21 de statulib; l. 8 pr. de ed. Quin etiam extra ordi-

nem puniebatur argentarius, qui dolum in edendo commiserat. *Ad interesse* actione civili tenebatur, si latam admiserat culpam. *Levem* tamen culpam non praestabat quia artem exercebat et publicae utilitati serviebat.

Sed dolum aut „positive" (ut barbare loquar) aut „negative" committere poterat. „Positive": si malitiose, i. e. falsas rationes aut imperfectas ad decipiendos contrahendes edebat; „negative", si in totum non edebat (voluntas *contra* legem, i. e. contra edendi officium, certans). Quibus casibus quum actio in id competat, quanti alterius intersit editas sibi rationes esse (l. 10, 3. l. 8, 1 eod.), computatio fit ex momento decreti de edendo in illo judicio a praetore emissi; posterioris igitur temporis neque augmenta nec diminutiones in actionem veniunt. Sed actori probatio incumbit, „se illo judicio, quo victus esset, vincere potuisse, si editum esset." Sed id ipsum credo priore etiam judicio probare potuisset; nonne ipsius culpa est, quod tum illud omiserit? Aut, si probavit neque judex probationis respectum habuit, nonne *hic* ei tenetur? Tertium tamen esse potest; scilicet ut tunc quidem illud probare non potuerit, nunc autem possit: sive medio tempore ipsas perlegit rationes aut editione facta aut alio quo modo, sive alia argumenta reperit, antea ipsi vel ignota vel inutilia, nunc vero ad probandum idonea, „se rationibus illis, si justo tempore editae fuissent, vincere potuisse." Ad exemplum igitur surrepti chirografi haec in factum actio expressa est.

Neque *in favorem probationum* illud edendi officium a praetore impositum est, neque ulla cum *testimonio* comparatio potest institui: sed ad testimonium quilibet provocare poterat, ad edendum is solus, cuius *intererat* rationem edi. Editur igitur (l. 6, 4 et 5 eod.):

I. ei, ad quem ratio *pertinet;* i. e. qui ipsam contraxit;

II. illius ad exemplum:

1. ei, ad quem pertinere *videtur*; i. e., cuius jussu alius rationem tractavit;

2. ei, ad quem ratio *quasi* pertinet:

a. ei, cuius *absentis* procurator ut ederetur mandavit;

b. ipsi *procuratori*. Qui si simul mandatarius est, ratio quidem ad eum proprie pertinet; si minus, edenti prius de rato cavere jubetur.

Propter *interesse* igitur editionem argentariorum inventam esse eo quoque probatur, quod tantum edere illi jubentur, quantum ad instruendum alterum pertinet: l. 10, 2 eod. Sed cum die et consule edere debent, ut collatio expensorum acceptorumque fieri possit, et idem debitum esse, quod in judicium deductum sit, constet. Itaque ei etiam edere debent, qui rationem quidem habeat, sed sine die habeat: l. 6, 6 eod.

Ex justa tantum *causa* edi debet (l. 6, 8 eod.)

I. *ipsi argentario* (§. 9 eod.), quia etiam ipse instructus esse potest instrumento suae professionis. Justae autem causae sunt *casus major, rationum absentia*. Nec testatoris culpa heredi casus major est.

II. ei, qui *iterum* sibi edi postulat (§. 10 eod.). Ad duas illas causas hic accedit tertia, „si minus plena prior editio fuerit“: l. 7 eod. Neque vox „iterum“ a veteribus I.Ctis sensu vocis „secundum“, sed significatione vocis „saepius“ interpretatione extensiva accipiebatur (§. 1 eod.), quum exempli gratia casus major saepius accidere posset.

Duplex autem semper eius, cui editum est, jus est; *inspiciendi*, ut intelligat rationem; *describendi*, ut in judicio proferat: l. 10, 2 cit.

Inde quod *argentarias* tantum rationes, non *proprias*, argentarii edere debent, efficitur, ipsam editionis *causam* esse, quod illae eorum „quodammodo“ propriae sint, qui per mensae scripturam contraxerint. *Ad exemplum* igitur domini condominive, qui exhiberi sibi instrumenta rationesque ipsius proprias semper postulare potest (l. 3, 14 ad exhibend. X, 4), quum majori jure minus contineatur, itaque, quod vindicare possim, exhiberi etiam desideranti mihi debeat; ad exemplum eorum, qui obligationibus et negotiis conjunctas nobiscum rationes gerunt (l. 9 pr. de ed.); ad exemplum denique eorum, qui pro aliis rationes conscripsere (l. 4, 1 i. f. eod.), argentarius ad edendum compellitur. „Quasi publicae“ enim, „in publica fide“, rationes eius sunt; similiter etiam acta r e v e r a p u b l i c a inspicienda exhibere judex ordinarius ab omnibus quorum interest cogitur: c. 2 de ed. II, 1.

Sed vetus illa *actionum* editio quamquam plane diversa causa nitebatur: tamen ne haec quidem *in favorem probationum* inventa erat. Primum enim inter litigantes solos fiebat; deinde sine die et consule edebatur: l. 1, 2 eod.; denique *ante* litem contestatam, non tempore afferendarum probationum, fieri debebat, ne actor in pluris petitionem incurrendo litem amitteret neve reus ex improviso convinceretur. Utraque igitur pars bene scire debebat, quid actione, quid exceptionibus, replicationibus etc. altera sibi vellet; quo genere actionum exceptionumve uteretur; qua causa negotium, quibus argumentis, testibus, instrumentis, rationibus, probationes tam actionis quam exceptionum niterentur. Sed una plane ratione haec edendi necessitas eadem semper erat ex veteri jure civili, e praetorum edictis, secundum constitutiones imperatorum, per litium varias variorum temporum formas: scilicet ut ante initas disceptationes, quid peteretur, qua de causa peteretur, et eadem de exceptionibus inter partes constare possent; ut juris, non invidiae malitiaeve causa agi et excipi, tam praetor quam uterque litigantium persuasum haberent. Quo huius editionis ab argentariorum diversitas efficitur, et probatur, hanc

tantum „exhibitionis“ nomine significari posse, non etiam illam, qua alteri editur, non ut *habeat* et utatur, sed ut se *tueatur* neve in errore versetur de alterius contentionibus.

Erit igitur probandum, eadem etiam codicis Justinianei, quatenus constitutiones receptae sint, esse circa edendas actiones principia. Et quidem c. 1 eod. actori, qui actionem e propriis instrumentis probare non possit, *a reo causa cognita rationes edi debere* videtur contineri. Contrarium tamen c. 4 eod. confirmat:

„Qui accusare volunt, probationes *habere* debent, quum neque juris neque aequitatis ratio permittat, ut alienorum instrumentorum inspiciendorum potestas fieri debeat. Actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestiterit, optinebit.“

Ad vocem „praestiterit“ supplendum est: „probationum.“ Quamvis autem „accusatoris“ mentio fiat, de *privata* tamen actione agi eo efficitur, quod ad *publicas* quaestiones instruendas delatori a primordiis urbis instrumenta et rationes debuerint edi. Sed quum *de probationibus* c. 4 disserat, *actionum* et *exceptionum* editionem non puto ea contineri; de tempore enim *post* litis contestationem procul dubio loquitur. Sententia igitur c. 4 haec est,

„Ad *probandas* actiones exceptionesve, rationes instrumentave adversarii nullo modo debent edi.“

C. I vero de editione disseritur, quae *causa cognita* judicis officio contineri soleat. Jam supra vidimus, quibus de causis id factum sit. Et nostro quidem loco quum *iteratae* editionis mentio non fiat, necessario de *argentariis* rationibus agitur. Atque hoc sensu Marius Arcas locum subtiliter interpretatus est, cuius sententiam Almendingenius summo jure recepit. Agitur enim de negotio per mensae scripturam contracto; deinde tam argentarius codex quam exemplum negotii creditori traditum (uti solebant argentarii contrahentibus mittere) casu quodam amittuntur. Constat autem, eam esse justam causam, de qua argentario postulanti a debitore exemplum edi debeat, quo codicem ille restituat. Creditor etiam sine justa causa ab argentario idem postulare potest. Quo efficitur, nostro loco creditorem ab ipso debitore editionem postulare causa cognita: quae editio *brevi manu* videtur fieri, sublata e medio argentarii editione. Idem enim est, utrum argentario primum a debitore edatur, ille deinde creditori edat; an statim debitor creditori exhibeat.

Sed c. 5 etiam eod. c. 4 videtur repugnare:

Imp. Alexander: „Non est novum, eum, a quo petitur pecunia, implorare rationes creditoris, ut fides veri constare possit“ (Bas.: ἵνα ἡ πίςις δυνηθέιη συςῆναι).

Almendingenius quidem hunc quoque locum ad argentarios refert, sed nec de causae cognitione agitur, neque ipsum „editionis“ verbum continetur. *Postulat* enim editionem is, qui per argentariam contraxit (l. 6, 2 eod.); *postulat* editionem accusa-

tor in publicis quaestionibus (Cic. in Verr. I, 23); *decreto* deinde praetoris in causa privata edendi officium imponitur (l. 8, 1 eod.); *exigitur* editio (l. 8 pr. eod.). Sed longe miliore verbo „implorare“ imperator utitur. Blattnerus quidem in diss. inaug. de ed. commun. instrument. Wirceb. 1827, p. 19 etiam ad *domesticas* locum illum rationes respicere censet; sed contra eius sententiam praeter omnia, quae contra Almendingenium diximus, etiam rarus domesticorum codicum usus certat. Neque eo modo cc. 4 et 5 conjungi possunt, quod illa de *actore* editionem postulanti disserat, haec de *reo*; tunc enim iniqua foret partium condicio et regulae illi vehementer repugnaret: „excipiendo reus fit actor.“ Sed conferas rationem in c. 5 adjectam: „ut fides veri constare possit“, non „ut probationes inde sibi compareť“, sed ut intelligatur, non dolo malo (cf. c. 8 eod.) agi, sed cum intentione juris. Jam perspicuum erit, locos illos minime contrarios sibi esse, et id ipsum, quod de *actionum* editionibus supra diximus, admodum confirmare. Nam

I. eae solum *actoris* petitiones *refelluntur*, quibus talia instrumenta a reo edi postulat, unde proprium jus studeat probare —

II. eae solum *rei* petitiones *admittuntur*, quibus actoris argumenta instrumentaque probationum inspicere vult, non proprias sibi comparare.

Eadem denique mente c. 8 eod. locos illos conjungit, quorum discrepantia verba illo jam tempore controversiam videntur movisse:

Imp. Alexander: Et quae a Divo Antonino, patre meo, et quae a me rescripta sunt, cum juris et aequitatis rationibus congruunt. *Nec enim diversa sunt vel discrepantia*, quod multum intersit, an ex parte eius, qui aliquid petit quique *doli exceptione* submoveri ab intentione petitionis suae potest, rationes *promi* reus desideret, quibus se posse *instruere* contendit, quod utique ipsa rei aequitas suadet, an vero ab eo, a quo aliquid petitur, actor desideret *rationes exhiberi*, quando hoc casu non oportet *originem petitionis* ex instrumentis eius, qui convenitur, fundari.

In qua lege interpretanda id tantum observandum videtur, quod de actore et reo dictum est, excipiendo reum fieri actorem et contra exceptiones actorem quasi reum esse.

Accedit denique Justiniani c. 22 de fide instr. IV, 21, haec statuens:

I. Si imploratus (ἀπαιτούμενος, cf. c. 5 cit.) quis in judicio sit, ut instrumentum (δικαίωμα, συμβόλαιον) producat (παράγειν, προάγειν, προκομίζειν) non contra se ipsum, sed contra alium, utile petenti, nec producenti possit productio (non: editio) nocere, et postulans, ne noceat, promittat, ipsi autem, si minus producatur, damno affirmet futurum: ad producendum ille cogitur.

II. Producendi tamen officio juramento praestito se subtra-

here ille potest, in haec verba: „se non quia pecunias, res, promissiones acceperit, neque ob metum amicitiamve productionem recusare, sed ne in proprium damnum incurrat.“ Ad similitudinem plane testimonii necessarii haec producendi necessitas expressa est; eaedem etiam personae, quae ab illo, ab hac etiam excipiuntur.

III. Quodsi quis se occultaverit, ut neque juret neque edat: ad interesse tenebitur.

IV. Inter absentes autem ob periculum in mittendo instrumento insitum apud defensorem loci verba instrumenti actis insinuantur, acta deinde transmittuntur.

Hae ipsae condiciones nono Justiniani edicto *argentariorum* edendi officio, antea generali, inseruntur: contra naturam profecto eius officii, quum illae rationes partium *causa* conscriptae sint: l. 4, 1 de ed. Quod plane absurdum erat, nam consequenter hoc etiam debuisset statui, ne tutor, socius, procurator rationes redderent, si proprium eo damnum subirent! Neque aptior est comparatio illa inter testimonium et editionem a Justiniano instituta, quum hac, non etiam illo, jus dominii violetur; multa insuper saepe iisdem rationibus contineantur, quae in publicum proposita producenti postea nocere possint, quamvis ne tale quid futurum sit in praesenti non metuat; arcana denique domus hominum curiositati produntur (c. 2 quant. et quib. quarta pars X, 34), quod *publicarum* tantum quaestionum causa fieri debet; quin etiam si juramentum ille praestiterit, hoc certe in publicum proponet, se *habere* instrumentum. Quare gaudeamus, quod illa constitutio recepta non est. Ceterum et si esset recepta: nihil tamen novi de *actionum exceptionumque* editione constitueret, quum ipsorum litigantium ne testimonium quidem quidquam valeret.

CAP. V.

De falsis literarum obligationibus.

---

§. 18. *De abusivo vocis „literarum obligatio" in ipsis fontibus usu exstante.*

Falsam esse eorum sententiam, qui accepti relatione eaque sola literis contrahi existiment, supra vidimus. Ipsi tamen fontes ad eam opinionem seducunt, veluti locus ad interpretandum difficillimus: l. 6 Th. C. de denunt. II, 4:

„Si quis debiti, vel quod ex foenore, vel mutuo data pecunia sumpsit exordium, vel ex alio quolibet titulo, in literarum obligationem facta cautione translatum est, ... dirigat actionem etc." Literarum igitur obligatio hoc loco *cautione* videtur fieri, i. e. contrahi. Quaeritur, utrum propriae literarum obligationis (Fabrot. ad Theoph. tit. de L. O.), an scripturae mensae, an debiti in chirografi scripturam redacti mentio illic fiat. Vox quidem „transferre in obligationem" *novationem* videtur significare; tamen non ex *obligatione*, sed ex *titulo* literis dicitur contrahi. Sed vocem „titulus" veram obligationem antecedentem, non justam tantum obligandi causam illo loco continere, exemplo mutui et foenoris allato satis probatur. Obligatio igitur loco nostro constituta est, priusquam cautio fiat. Id tamen jam Gothofredus in dubium vocat, an obligatio illa loco nostro *novetur*, et pluria exempla affert, quibus „in scripturam transferre" non novandi sensu veniat, sed pristinum debitum integrum maneat. Sic c. 55 eod. de haeret. XVI, 5 „translata in publica monumenta"; etc. 5 Just. C. de n. n. pec. IV, 30 „quum ex praecedente causa debiti in chirografum quantitas redigitur (dirigatur)". Ex eadem lege distinguendum est, utrum debitum chirografo antecedat, an *quasi* credita pecunia e chirografo petatur. Illic enim, *ubi debitum antecedens probatum est,* chirografi verba debitorem obstringunt; hic *exceptionem non numeratae pecuniae* reus opponit. Nunquam igitur chirografum *in se* vim obligandi continet, eoque a literarum obligatione discrepat. Cautionem autem idem quod chirografum esse, tam interpretatione c. 3 eod. quam c. 1. Th. C. si cert. pet. de chi-

rogr. II, 27 colligi potest; quo loco non solum interpretatio voce „cautio“ semper utitur, sed ipse contextus „cautionem“ postea habet pro eadem scriptura, quam initio voce „chirografum“ significavit.

De *chirografaria* igitur pecunia c. 6 etiam citata disseri, interpretatio quoque eiusdem legis videtur profiteri verbis: „pro *repetendo* debito, unde certa scriptura profertur.“ *Probandi* haec vim habet, non *contrahendi*.

Obstat tamen vox illa „literarum obligatio“:

I. Sed vocem „literae“ nonnunquam „chirografi“ sensu in fontibus obvenire, jam Gothofredus docuit. Cf. Hein. A. R. III, 22, 5. Gneist. p. 338 not. 14. Cf. Jan. Gruterum ad Plaut. Asinar. II, 4, 34, qui „scribere nummos“ hoc sensu accipit: „nummos non praesentes solvere, sed pro his in certum diem solvendis apud trapezitam se obligare, et per argentarium in certum diem *cavere* (unde cautio = chirografum) redditum iri nummos qui debeantur.“ Accuratius tamen „*re*scribere“ idem significat, ita ut secundum Donatum idem illud *scripto* sit, quod „reddere“ *facto*. Cf. Terent. Phorm. V, 6, 28:

„Illud mihi argentum jube rursum rescribi.“ Hor. sat. II, 3, 76:

„Dictitantis, quod tu nunquam rescribere possis.“

Similiter in literarum obligatione dicitur expensum ferri, acceptum *re*ferri.

„Scribere“ igitur juris verbum est pro „sumere debitum“; „rescribere“ pro „reddere.“ Hor. l. c. v. 69. Unde „scribere ab aliquo“ dicebatur. Ii autem, per quos plerumque ea omnia tam scribebantur quam rescribebantur, scilicet argentarii: *perscriptores* inde vocabantur: Ter. Phorm. l. c. v. 30; cf. Cic. ad Att. IV, 18, 2. Similiter „*con*scribere“ pro „scribere“ dicitur, ubi chirografum (cautio) plures debendi causas continet: l. 25, 4 de prob. et praes. XXII, 3; c. 14 pr. §§. 2 et 4 i. f. de n. n. pec. IV, 30.

II. Sed in literarum *obligationem* dicta c. 6 debitum transfertur; itaque re vera novatur, nam debitum *fuit*, *obligatio* inde nascitur. Quare censeo de chirografo ad interpositam stipulationem accedenti loco nostro agi. Sed *verborum*, non *literarum* obligatio stipulatione perficitur! Qua in re Gneistius pag. 382 verum sentire mihi quidem videtur, qui verbis illis id potissimum caveri existimat, ne de *verbali* cautione agi quisquam suspicetur, sed de *scripta* sermonem esse omnes intelligant. Quod autem Gneistius dicit, admodum generali vocis „cautio“ significatione et vocum „literae“, „scriptura“, „scribere“ cognatione confirmatur.

§. 19. *Theophili literarum obligatio.*

Aeque indistincte Theophilus vocem „literae“ in „literarum obligatione“, i. e. eodem quo *scripturam* sensu, accipit verbis:

„literarum obligationem ἐκ τοῦ ἐν γράμμασιν εἶναι τὴν ὀνομασίαν cepisse.“ Ἐν γράμμασιν enim etiam chirografa et syngrafae sunt; codicibus vero domesticis, *certo* scripturarum compendio, literarum obligatio continebatur. Gaium tamen Theophilus ante oculos habebat et in institutionibus Justinianeis maxime secutus est. Sed, quod Gaius exempli gratia affert, transcripticium nomen, solam fuisse literarum obligationem existimabat, sicuti multi nostrae aetatis I.Cti. Unde *novandi* tantum gratia literis contractum esse concludebat. Gaio enim auctore usum eum disserere, exempla quae affert probant: „si centum mihi debes ex emptione vel locatione (sic Reizius; rectius tamen foret „conductione“; μίσθωσις etiam Graecorum tam locationem quam conductionem continet) vel mutuo, vel stipulatione.“ Gaius quidem emptionem, conductionem, societatem tantum profert; sed pluribus exemplis allatis et adjecta sententia „multae autem sunt debitorum causae“, Gaii vocem „veluti“ recte se intelligere Theophilus ostendit. Id igitur unum, quod de „expensilatione“ Gaius dicit, a Theophilo plane negligitur. Inde tamen literarum obligationem optime potuisset explicare, quum quid esset expensilatio ex institutione librorum *argentariorum* Theophili etiam temporibus satis notum esset. Quod quum non fecerit, sententia supra a nobis posita, argentariorum codicibus literis non esse contractum, admodum confirmatur. Quod si fieri potuisset, Justiniani etiam temporibus vetus literarum obligatio viguisset! Expensilationem igitur in judicio *probare* quidem debitum, minime vero *contrahere:* apud argentarios Theophilus vidit. Domestici codices interierant, quorum institutionis et ordinis tamquam civibus notissimi I.Cti veteres mentionem nullam in libris suis factam reliquerant. Nuda autem creditoris ratione (expensilatione) literis esse contractum, Theophilus sibi persuadere non poterat. *Memoria* etiam domesticorum codicum plane extincta erat, civitate a Caracalla provincialibus data, imperii sede postea (IV. saeculo) in Graeciam translata; peregrinis enim qui ad civitatem pervenerant, quin etiam quorum mores institutaque legislatores imperii ante oculos habebant, nec certa per scripturam contrahendi forma nec codicis scribendi mos necessitasve unquam erat. Id quod Gneistius nuper tam evidenter probavit, ut neque accuratissimae fontium perquisitioni quidquam addere possimus neque eos denuo refutare debeamus, qui syngrafam formalem peregrinorum contractum fuisse et a Romanis receptam existimaverint. Cuius formalis contractus nec nomen neque actio nec forma neque ulla denique mentio in fontibus exstat; Asconii ille auctoritate nititur, qua nihil fere probari Niebuhrius et Madvigius docuerunt.

Nec probabilior eorum opinio est, qui „syngrafam“ ideo dictam esse existimant, quia creditoris et debitoris scripta uno eodemque instrumento continerentur. Syngrafa enim plane generali

chirografi scripturaeve cuiuscunque generis notione usurpatur. In simili tamen errore Theophilus etiam versatus videtur esse, quum scripturam, quae majoris *fidei* causa a peregrinis contrahendo interponi *solita* sit indeque ad Romanos transierit, ipsum contractum *perficere, necessariam* esse, *certamque* habere formam crediderit. Cuius error ipsa contrahendi formula ab illo allata elucebit:

Τοὺς χρυσοῦς, οὓς ἐμοὶ ἐξ αἰτίας … χρεωςεῖς, σὺ ἐκ συνθήκης καὶ ὁμολογίας δώσεις τῶν οἰκείων γραμμάτων; —. Ἐκ τῆς συνθήκης ὀφείλω τῶν οἰκείων γραμμάτων.

Cum vera Gaii literarum obligatione haec formula ideo non convenit, quia etiam dicebatur, unde inter absentes Theophili contractus fieri non poterat. Verum tamen quodammodo Theophilum sensisse „οἰκείων γραμμάτων" mentio probat. Quae secundum Reizium quidem „literae *tuae*" sunt, secundum Gothofredum „*propriae*"; *stricta* tamen vocis interpretatione (sc.: *domesticae* rationes) Theophilus quodammodo contra Savignium p. 210 sqq. defenditur; dico „quodammodo", nam per syngrafum, non per codicem apud Theophilum contrahitur: tamen syngrafa secundum illum contractum literalem *sola* non perficit, quum sollemnia verba et illatio in codices accedere debeat. Certum autem est, consensum codicum plenissimam apud Romanos perfecti contractus probationem praestitisse. Et apud veteres quidem tanta codicum auctoritas erat, ut expensilationi soli crederetur eaque contraheretur; postea tamen, uti Ciceronianae orationes passim docent, saepe accidit, ut injussu debitoris expensum ferretur; saepe etiam debitor acceptum debitum non retulerat et reus constitutus creditoris jus negabat. Qua in difficultate creditori tutissimum erat, scripturam proferre, qua debitor tam ipsum debitum quam creditoris jus expensi ferendi et ipsius officium accepti referendi confiteretur. Quarum scripturarum usum apud peregrinos vulgatum reperiebant. Quas eodem plane jure „chirografa" vel „syngrafas" appellare licet. „Συνθήκη" igitur „καὶ ὁμολογία" earum rationum fiebat, i. e. acceptum et expensum eiusdem quantitatis ex consensu *uni* instrumento tradebatur (συνθήκη); auctoritas utriusque codicis hoc uno syngrafo conjungebatur (ὁμολογία); nec reus debitum negare poterat, quamvis forte in codicem referre dolo malo omitteret; stare debebat suae confessioni. Quo factum est, ut ad majorem *securitatem* tantum mox literae illae interponerentur: nam talem sponsionem verbalem, qualem Theophilus tradit, *sine ullis codicibus et syngrafis* post annum certe 469 contractum perfecisse c. 10 de contrah. stip. VIII, 38 probatur. E quo tempore certum est, *nisi inter absentes id fieret*, literis non esse contractum; sed literae *accedebant* contractae stipulationi non *novandi*, sed *probandi* vi. *Inter absentes* autem Theophili quidem literarum obligatio fieri minime poterat; et codicum domesticorum

usus quum in desuetudinem abiisset, literis contrahendi nulla plane forma supererat.

Interpretatio quidem formulae Theophili

„aureos, quos mihi ex causa... debes, expensos tibi tuli? — Expensos mihi tulisti.“ —

ad veram literarum obligationem propius eo accedit, quod expensilatio ibidem essentialis ad perficiendum est; obstant tamen certa illa *verba*, *praesentiam* partium requirentia. Quae si forte etiam *absente* debitore, veluti coram testibus, pronunciata esse crederes, itemque esse responsum: Theophilus ipse, quid debitori dicendum et scribendum esset, non vocula „εἶτα“ credo introduxisset: qua *in continenti, uno actu*, tamquam formalem, contractum perfectum esse probatur. Itaque Fabroti illam formulae interpretationem interpolatam, non genuinam esse, Reizius eo demonstrat, quod debitorem de *creditoris* facto a creditore interrogari eoque contractum perfici absurdum sit. Qua in re graeca formula non item ratione caret. Veluti acceptilatio, quae et ipsa formale negotium est, *in debitum*, non *in creditum* fit (cf. §. 1 i. f. J. q. m. o. toll. III, 29); de *creditoris* quidem facto interrogatur, sed interrogat *debitor*, qui in ipsa acceptilatione *stipulantis*, non promissoris partes suscipit, itaque re vera *creditor* est; sed, quod stipulatione acquirit, directa quasi compensatione eo, quod ipse debebat, extinguitur. Quare etiam in acceptilatione *creditor* de *debitoris* facto videtur interrogare. Latinis igitur verbis Theophili formula rectius his esset reddenda: „aureos... acceptos mihi retulisti? retuli.“

Sed ii Theophilum male intelligunt, qui renovatione chirografi c. un. Th. C. si cert. pet. de chirogr. praescripta ipsum debitum putant novari; ubi enim *scriptura*, quae novandi vim non habet, infirmatur, non tollitur *obligatio*. In veteri quidem literarum obligatione aliter res se habebat: quum scriptura et obligatio non possent separari. Quare puto creditorem qui lituram fecerit eoque expensum deleverit, nullam literarum actionem habuisse; e diverso, si illud nomen *arcarium* fuisset, probandi tantum unum medium amisisse.

§. 20. *Contractus chirografarius.*

Chirografum nunquam ad perficiendam obligationem suffecisse, Gneistius pp. 361 sqq. optime eo effecit, quod *proprietas* talis contractus nulla esse potuit. Propria enim litererum obligatio scripturae proprietatem, uti supra vidimus, et certos codices habebat; e diverso, chirografum cuilibet materiae scriptum tradebatur: §. 12 J. de test. II, 10; cf. l. 1 de B. P. s. t. XXXVII, 11. Item neque obsignatio nec subscriptio proprietas chirografi erat, quum illa *probationem* tantum contineret, haec *consensum*

debitoris, qui ipsis etiam chirografi verbis inesse posset. Et, credo, proprietas vocari non potest, quae tractu temporis commutatur; sic autem subscriptio illa in locum obsignationis successit; illa etiam in paucis tantum instrumentis initio adhibebatur, postea in omnibus; ideoque ne eorum quidem tantum propria erat, quibus debere se aut daturum aliquis scriberet, sed etiam reliquorum. Nec *nomen* chirografi illi debitoris confessioni proprium erat, sed omnium scripturarum generalis appellatio.

Voce tamen „chirografum“ nonnunquam „contractus chirografo *interveniente* perfectus“ („in chirografi scripturam redactus“) significatur (cf. c. 6 Th. C. de denunc. supra cit.): quin etiam „obligatio“ pro ipso chirografo dicitur, quod quia nihil numeratum sit exceptione non numeratae pecuniae elidi possit: c. un. §. 3 Th. C. si cert. pet. de chirogr. II, 27. Unde *certi petitionem de chirografis* illo tempore in usu fuisse Croppius et Endemannus efficere studuerunt; v. tamen Gneistium pp. 373—386, cuius argumentis examinatis nihil plane obligationis, nedum formalis contractus, e chirografo superest. Juliani etiam l. 59 de legat. III id solum confirmat, *probationem* actionis chirografo contineri; *intelligimur* tantum, quod de *chirografo* statuimus (vendendo legandove), de ipso *debito symbolice* statuere; *benigna* (l. 44, 6 de legat. I) illa facti nostri interpretatio est, non *stricta*. Sin chirografum et debitum non possent separari, sicuti expensilatio et obligatio: *stricta* esse deberet.

Chirografum igitur sine stipulatione interposita novandi vim non habet; constituta quidem pecunia etiam absque stipulatione chirografo perfici potest, sed pristina obligatio manet, et tam consensus antecedere debet, quam ipsum pactum justa causa niti: l. 31 de pec. const. XIII, 5. Quare Scaevola l. 61 pr. de O. et A. „Seium“, respondet, „si alioquin obligatus non esset, non propter quod ea scriptura, quae proponeretur, interposita sit, obligatum esse.“

Tunc autem si exceptio non numeratae pecuniae vera exceptio esset et reo incumberet non acceptae pecuniae probatio: chirografum ex jure Justinianeo contractum perficeret. Tunc enim ad probandam *actionem* et producendam obligationem sola *scriptura* sufficeret. Neque exceptio illa re vera exceptio est, sed *negativa* potius *litis contestatio* (de tempore enim *post* praescriptionem exceptionis infra videbimus, num chirografo contractus perfectus esse videri possit). Cf. tamen Gneistium pp. 399 sqq. contra sententiam eorum, qui litis contestationem negativam illam esse existimant, pugnantem. Cuius principale argumentum in eo positum est, quod illa non judicis officio contineatur, sed a reo debeat expressis verbis objici. Cuius rei causa apud Romanos quidem ea erat, quod omissio eius objectionis „positivam“ litis contestationem efficeret, itaque judex eo magis secundum acto-

rem pronunciare deberet, quod extrajudicialis debiti confessio chirografo inesset; neque ideo chirografum plenam debiti probationem continet, sed allegationem tantum, quae ad incipiendam litem sufficiat. Sed nostro jure plane eodem casu reum *negative* litem contestari praesumitur; itaque sententia illa „exceptionem non numeratae pecuniae expresse opponendam esse“ ex opinione vulgata existimantium „illam *veram* esse exceptionem“ orta videtur esse. Unde chirografi vis perficiendi contractus a nostris deducebatur. Sed posteaquam Meurerus et Pfeifferus, exceptionem illam minime esse, evidentissime probarunt: rectius esset, si judicis officio illa contineretur neque a reo, ut expresse eam objiceret, posceretur.

Gneistius merito quidem confitetur, „exceptionem“ illam semper in fontibus appellari, adjectis verbis in exceptionibus usitatissimis, veluti „opponere“, objicere“, „dari“ (a praetore), „se tueri“ (cum abl.), „locum habere“, „competere“, „uti posse“ (cum abl.); similiter graece „παραγραφήν“ cum similibus verbis. Sed ipse concedit, plurimis locis illis de chirografo *cum interposita stipulatione* agi, i. e. de exceptione doli, et ab hac demum exceptionis nomen ad simplicia *(nuda)* chirografa sensu *improprio* transisse. Chirografo igitur, quamvis formaliter non contrahatur, actoris tamen melior redditur condicio. Quod si minime interpositum est, ne expresse quidem de non numerata pecunia reum excipere necesse est: actor semper et in omne tempus futurum mutuum probare debet. E diverso, ipso chirografo debitor „se accepisse“ confitetur, et stare deberet confessioni suae, nisi *exceptio* illa et b e n e f i c i u m revocandae confessionis contra proprium eius factum ei daretur; sed ipsius beneficii finis paucorum annorum est.

Neque ipse Gneistius p. 404 „exceptionis“ nomen nostro casu tamquam *proprio* sensu adhibitum explicare aut defendere potest. Quod enim distinguit: „Gegen mündliche Darlehensstipulationen ist sie eine wahre Einrede; gegen einfache Darlehensschuldscheine ein Beweisbeneficium; gegen schriftliche Darlehensscheine mit der Stipulationsklausel beides zugleich“, secundo loco casum nostrum profert, exceptionem in illo ipso τὴν ἀναργυρίαν non esse sed beneficium, ipse confessus.

Denique Gneistius querelae illius praescriptionem parvi temporis sententiae nostrae objicit. Sed *beneficium*, credo, remedium illud est, ubi contra chirografum, quo quis debitum agnoscit vel accepisse se dicit, competit. Itaque praescriptio illa inventa est, ne in odium creditoris beneficium debitoris esset neve malitiae causa hic eo abuteretur. Tamen eo beneficio continetur et spectatur, ut negative liceat litem contestari, quamvis antea debitum in litem deductum ipso chirografo positive contestatus sit. Itaque etiam extra judicia beneficium exerceri potest, ne praescriptione extinguatur: negativa autem semper contestatio est, qua chirografo

aliquid probari posse *negatur*, ea scilicet vi, ut nihil eo probetur, sed aliunde *actor* probationes colligere debeat: c. un. Th. C. si cert. pet. de chirogr.:

„Hoc enim toto jure cantatum est, ut scripturam prolator affirmet.“ —

c. 5 Just. C. de n. n. pec. et imprimis c. 3 eod.:

„Si ex cautione tua, licet hypotheca data, conveniri coeperis, exceptione opposita seu doli (si justa causa deest) seu non numeratae pecuniae, compellitur petitor probare, pecuniam tibi esse numeratam; quo non impleto, absolutio sequetur.“ Ann. 215.

§. 21. *Justiniani nova literarum obligatio.*

Vulgata uti vidimus olim opinio erat, et nostro etiam tempore ab Endemanno et a Libio (libro de stip.) defensa est, sub imperatoribus contra juris antiqui regulas sensim receptum esse, ut ex chirografis peteretur credita pecunia et condictio (cf. ea, quae supra de actione quae „ex kalendario vocatur“ diximus) inde nasceretur nulla praecedente stipulatione. Sed credita pecunia *re* semper contractum est: quod vi querelae illus de non numerata pecunia competentis satis probatur. Quid autem imperatores de chirografis constituerint, paucis adumbrabo:

I. *Honorii*, *Theodosii et Constantii c. un. Th. C. si cert. pet. de chirogr.* II, 27: *ann. 421:*

1. De chirografis *mortuorum* statuitur, ut creditor ea inter absentes intra quinquennium, inter praesentes intra biennium competenti judicio tradat. Sed antequam heredes ad sequestrandum debitum cogi possunt, creditor authenticam esse debitoris manum efficere debet. Ad quam probationem comparatio quidem sola cum aliis eiusdem scripturis instituta non sufficit, sed aut testes insuper producendi sunt, qui a creditore testatorem privatim conveniri audierint, aut liberti servive, qui internunciorum munere functi privatam conventionem illam facile scire possint; aut denique moribundum debitorem ab eo admonitum esse probari debet. Testes tamen illi, internuncii, admonitiones, ad probandum non necessarii sunt, si creditor *inter absentes* chirografum acceperit. Tunc enim privata conventio illa responsione debitoris probatur, quae inter epistolas creditori missas exstare debet. Sed etiam hanc responsionem revera a debitore profectam esse, non solum comparatione cum aliis debitoris scriptis instituta probandum est, sed etiam geruli testium loco producendi sunt, ut profiteantur, epistolas a debitore creditori missas esse et hanc ipsam responsionem ab illo huic transmissam.

Sed insuper creditor in *omnibus* casibus *titulum* debendi probare debet, ne chirografum nuda ratio sit; *item* pecuniam

a se esse solutam per baiulos probet, ne exceptione non numeratae pecuniae actio elidatur.

Illae tamen probationes quibus chirografum genuinum esse demonstrandum est, exempli gratia enumeratae sunt: possunt etiam aliae afferri, modo inde tanta securitas creditoris nasci potuerit, ut ne longa quidem conveniendi debitoris omissio suspicionem moveat, ne veritate petitum nitatur.

2. De chirografis *vivorum:*

a. *ante* hanc legem publicatam scriptis:

α. Si reus propriam manum *neget* esse: pecuniam sequestrare debet, sed novam actionem de falso ipse potest instituere. Sed si post factum chirografum inter praesentes viginti, inter absentes triginta anni praeterierunt, ipsum insuper debitum creditor probare debet.

β. Sin de *non numerata pecunia* excipiat: regulae locus est jam tunc constantis: intra quinquennium tantum ita posse excipi.

b. In *futurum* tempus statuitur, ut duodenis annis chirografa renoventur. Actio eo perpetuatur, quum vim litis contestandae renovatio illa habeat; i. e. praescriptio illa viginti et triginta annorum interrumpitur.

Inter absentes denique renovatio illa fingitur. Creditor enim chirografum in judicium defert, antequam duodecim anni illi praeterierint: ita ut ante id tempus debitor pluries per majora temporum intervalla edictaliter adcitari possit, edictum postibus domus illius adfigi familiaeque insinuari. Ea igitur (quasi litis) contestatio inter absentes est, ita ut in re tam publica *neutra* pars sperare possit, fore, ut alteram decipiat (sc. creditor debitorem), aut ut edictum sibi fuisse ignotum in judicio (sc. debitor) alleget.

Jam videamus, an ex illa constitutione chirografum condictionem pariat. Quod ad *mortuorum* chirografa: media *probandi* sunt, non contrahendi, quum titulus debendi, res a chirografo diversa, insuper allegandus sit. Quare chirografum titulum illum in se non continet; in scriptura igitur obligatio non est sita: et quum scriptura non perficiatur negotium, *literis non contrahitur.* Aliter res se habere videtur in chirografis *vivorum:* titulus enim ibi debendi tunc solum probari debet, si chirografi vis ob vetustatem extincta sit. Sed etiam si valeat chirografum, contractum non perficit, sed plene tantum probatur, *consensu* illud esse scriptum. Nam *pactum de contrahendo* tantum eo fieri, ipsam vero obligationem *numeratione* demum pecuniae contrahi: eo efficitur, quod *exceptionem non numeratae pecuniae* reo opponere licet. Ergo non literis contrahitur, sed *re*, quum chirografo tacita condicio numerandae pecuniae insit. Quod minime dubium esset, si *post* numerationem semper chirografum creditori traderetur: tunc

enim etiam ante hanc traditionem, i. e. etiam sine ullo chirografo, debitor teneretur. Sed excipies, post quinquennium illud, intra quod de non numerata pecunia debitor excipere possit, solo certe chirografo contractum perfici. Consideres tamen, liberationem illam, quae ab onere probandi creditori tunc contingat (scilicet, solutum esse), ratione niti, *ne dolo malo creditor vexetur*, quum baiulorum morte facile fieri possit, ut post tantum temporis nihil de solutione *possit* probare. Silentio etiam debitoris, qui chirografum creditori ab ipso traditum esse scit, acceptae pecuniae *confessio* videtur contineri. Hoc igitur praescriptionis exemplum est, quo non, ut plerumque, jus (sive agendi sive excipiendi) extinguitur, sed obligatio *videtur* constitui. *Re vera* enim novam non constitui, thesis nostra est. Sed etiam si novari illo casu censeas (quod tum continget, si reo probationem contrarii post illud tempus competere negabis): non chirografo novandi vis inest, sed tractui temporis. Quae si chirografo inesset, ab initio novari deberet. Quare quum duae in jure Romano res sint, quibus novetur, *stipulatio* et *res judicata* (vel *litis contestatio*), illa unicum (post obsoletam literarum obligationem) *negotium* videtur esse, unica *forma contrahendi*, qua novari possit; neque ullo loco chirografum eo sensu penes stipulationem positam exstat. Sed vis illa, quae rei judicatae inest, *extenditur* ad confessionem in jure, ad jusjurandum: quare nihil obstaret, si illam ipsam praescriptioni contra remedium de non numerata pecunia optinenti tribueremus. Tunc autem non *chirografo* novaretur, sed *praescriptione*. Actio igitur, quae postea creditori competit, nunquam *ex chirografo* datur. Quae si postea daretur, consequenter etiam dicendum esset, *antea* a debitore chirografum condici posse a c t i o n e *non numeratae pecuniae*. „Querela“ autem in genere et „querela non numeratae pecuniae“ in specie „actionem“ nunquam significant. Qua de re v. Gneistium in diss. inaug.

II. *Justiniani c. 14 de n. n. pec.: ann. 528:*

1. Inter chirografa mortuorum et vivorum omne discrimen tollitur.

2. Loco quinquennii illius biennium statuitur ad exceptionem non numeratae pecuniae opponendam.

3. Cessat exceptio illa

a. contra instrumenta de *depositis* facta —

b. contra *securitates*, quae a reliquis chirografis eo distinguuntur, quod *creditor* eas exposuit, cui quod debueram solvi (Quittungen). Aut *publicae* sunt, i. e. publicarum functionum; aut *privatae*, i. e. dotis aliorumve debitorum.

α. Plane cessat

(1) contra securitates *publicarum functionum* et

(2) solutae *dotis*, modo dotalia instrumenta confecta sint.

In utroque autem casu cessat, quatenus securitas sive de *toto* debito sive de *parte* probat solutum esse.

β. Contra reliquas securitates in triginta dies coarctatur: sive *pars* debiti nomine sortis usurarumve sive *totum* scribitur solutum esse.

Chirografum igitur, a creditore de debito prolatum, prolata a debitore securitate infirmatur, modo aut debitum solutum esse securitas contineat aut id tantum, creditorem chirografum redditurum esse.

Ubi exceptio non numeratae pecuniae in totum aut post triginta dies cessat, ne jusjurandum quidem adversario creditor „offere" postest (i. e. „deferre").

4. Exceptio intra legitimum tempus objecta perpetuatur. Objectio *inter praesentes* scriptis denunciationibus possessori chirografi missis fit, *inter absentes* apud ordinarios judices denfensoresve locorum; sin illi ipsi chirografa illa possideant, alius adiri judex potest, in ultimum subsidium episcopus. Objectio facta deinde a judice possessori manifestari debet.

Quae constitutio non ad pecunias tantum numerandas, sed ad dationes rerum aeque pertinet; eaedem denique condiciones ad exceptionem non numeratae dotis referendae sunt.

Ex hac certe constitutione in iis casibus, in quibus *in totum* cessat exceptio, *solo chirografo* videtur contrahi. Sed *securitatibus* plane non contrahitur, sed negotium dissolvitur (aut potius: dissolutum esse ostenditur). Et in *deposito*, quum is apud quem deponatur uti non debeat, causae illae, quibus in ceteris casibus exceptio nititur, plane cessant. Nam in his quidem debitor pecuniam quaerit, qua uti velit; quam ut adipiscatur, quum creditor fidem ei non habeat, chirografum facit et antequam pecuniam acceperit tradit: postea creditor chirografo nisus mala fide se dedisse dicit. In deposito vero debitor in creditoris favorem, non in proprium usum, pecuniam accipit: itaque incredibile est, scripturam traditam esse antequam nummos ille acceperit. Unde censeo etiam, si in his casibus *debitor* nihil se accepisse probaverit, creditorem quamvis scriptura nitatur a judicio refelli; et in iis casibus, in quibus exceptio non numeratae pecuniae intra certum tempus objici potuerit, etiam postea probationem illam a *debitore* posse afferri. Nam illa, quam imperatores coarctant, non numeratae pecuniae exceptio id continet, ut *creditor* probet; *debitoris* autem probatio non talis litis contestatio negativa est, sed vera exceptio. Quare quum *stricte* coarctationes illas interpretari debeamus, quia singularitates contineant, contra elegantiam juris et contra naturam realis contractus inventas, et aequitas in Romanis eius temporis judiciis maxime ob-

servanda postulet, ut veritas facti scriptis literis praeponatur: debitori illa probatio *semper* permittenda videtur esse. Duae enim exceptiones contra chirografum competentes distingui debent: *non numeratae pecuniae*, *indebiti;* illa post certum tempus eliditur, haec minime; illa litis contestatio negativa rectius appellaretur et creditori probatio incumbit: haec vera exceptio est. Quae dilucide a Paulo l. 25, 4 de prob. et praes. distinguuntur. Nam qui causam debendi specialiter in chirografo explanavit, extrajudiciali confessione quadam litem videtur „positive" contestatus esse, neque *exceptionem non numeratae pecuniae* opponere potest; „indebitum" tamen semper ei demonstrare licet e capite doli aut justi erroris, quo ad scribendum permotus sit. Sin „indiscrete" cautio loquitur, i. e. nulla debendi adscripta causa: „negative" etiam litem is, qui illam scripserit, contestari poterit: itaque creditor debitum (i. e. justam debendi causam) ostendere compellitur. Similiter e Diocletiani et Maximiani c. 3 si minor se majorem II, 42, qui majorem se esse ipso instrumento confessus est, non potest in integrum propter minorem aetatem restitui. Exclusus igitur a *beneficio* est, nisi instrumentis prolatis, non etiam per testium depositiones, tunc se minorem fuisse probaverit. Sin nihil de majore aetate scripsisset, testes etiam ad minorem aetatem probandam producere potuisset.

Diversa igitur cautio „indiscrete" loquens a cautione „causam explananti" est. Sed haec etiam probationem rei, nihil se accepisse vel nullum debitum subesse, admittit, quum in illa creditoris sit onus probandi. Nec credere possumus, reum, qui tempus exceptionis non numeratae pecuniae sive negligentia sive probationum fiducia omiserit, in pejore condicione esse quam eum, qui se accepisse vel ex justa causa debere sponte scripserit. Itaque tam illi quam huic probatio contrarii competit (*exceptione indebiti* opposita), et ipsum chirografum probatione illa allata repetere possunt (*condictione indebiti*): creditori tamen chirografum ad probandum sufficit. Quod autem his aliisque locis *condici* cautio, debitum in cautionem *deduci* etc. dicitur: sagacissime Gneistius contra Croppium effecit, de cautione agi, quae non per se (quod cautione fieri nequit) sed *interposita stipulatione* debitum novarit.

Itaque *praesumptionem* tantum contracti negotii chirografa illa continent. Similis jam Ulpiani tempore praesumptio erat „si quis se *scripserit* fidejussisse, *videri* omnia sollemniter acta": l. 30 de V. O. XLV, 1. Nemo autem dubitat, quin verborum obligatio illa sit, quamvis stipulatio scriptis literis acta esse *videatur*: §. 8 J. de fidej. III, 20. Fidejussio enim semper verborum obligatio est, quum principalis obligationis naturam sequatur: cf. pr. J. eod.

Sed etiam si debitori secundum c. 14 cit. probationem illam

minime competere existimes: tamen non chirografum contractum videtur perfecisse, sed chirografo proposito *solutio* fingitur *antecessisse*. Quare nunquam *literis* tali modo contrahitur, sed literae praesumptionem juris et de jure tunc efficiunt, *re* esse contractum.

Secundum propositam igitur sententiam Justiniani verba in tit. J. de L. O. III, 21 interpretanda sunt. Quo loco posteaquam vetus literarum obligatio paucis iisque obscuris verbis absoluta est, his imperator pergit:

„Plane si quis *debere se* scripserit, quod ei numeratum non est, de pecunia minime numerata *post* multum *temporis* exceptionem opponere non potest; hoc enim saepissime constitutum est. Sic fit, ut hodie, dum *queri* non potest, scriptura obligetur; et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex *principalibus constitutionibus* usque ad quinquennium procedebat; sed *ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari*, per constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas huiuscemodi exceptio minime extendatur."

„Principales constitutiones" hoc loco citatae eaedem sunt, quas supra explicare studuimus. Pro „queri" non esse „quaeri" legendum, propria voce „querela non numeratae pecuniae" probatur. „Debere se scribit": ergo debito scriptura *nititur*, non ipsa debitum *efficit*. Quod autem „scriptura obligari" imperator dicit, contra ipsas leges et contra naturam contractuum *definire* nequit; diversum est, si contra leges vel contra rationem *novum aliquid sanxerit*. Et quod adjicit: „cessante verborum obligatione": neque verborum nec literarum proprietas requirebatur unquam in negotio ipsa *datione* satis perfecto. Maxime denique ratio coarctandae exceptionis „ne creditores" etc. pro nobis certat; nam minime defraudatur creditor, sed ipse in fraude erat, ubi debitor nihil se accepisse *probat*.

Theophilus illa hisce interpretatur:

„Ex *re* non est obligatus, qui nihil accepit; *verborum* obligatio esse nequit, ubi stipulatio nulla interposita est; superest igitur, ut *literis* obligatus sit."

Sed rectius profecto dixisset: „*literarum* obligatio esse nequit, ubi scripturae proprietas certave forma nulla est, et, quae fuit in jure Romano, in desuetudinem abiit."

Quare obligatio sine ulla proprietate esset, quod fieri nequit. Sed male ille distinxit inter id, quod factum est, et inter id, quod, quamvis non sit factum, *jure* tamen factum *praesumatur* esse. *De jure* igitur *re* illo casu contractum est.

§. 22. *De stipulatione in scripturam redacta.*

I. *Seneca de ben. III, 15* de emptione venditione agit, de contractu qui *consensu* fit. Cuius rei quo major fides sit, *pretium* stipulatione constituitur, atque eiusdem rei causa *pacta conventaque impressis signis custodiuntur.* Quae res multos permovit, ut *literis* hoc loco contrahi putarent. Sed ipsa Senecae verba contrarium probant, veluti „*servare* pacta conventaque (i. e. quae jam *erant* pacta) signis potius quam fide“; „*cogere* fidem scriptura“; „signa imprimuntur, *ne ille neget* accepisse se, quod accepit“; imprimentes deinde testes, vindices *veritatis* appellantur. Adhibentur igitur, ne fides fallatur, i. e. quia perfidia timetur. Itaque tam testes quam scriptura solum *probandi* causa interponuntur, ad *custodienda* pacta conventaque. In literarum enim obligatione *creditor* nomen facit, apud Senecam *debitor;* creditor tamquam stipulator interrogat et pignus accipit. Itaque scriptura hoc loco non *novatur*, quum non sit talis scriptura, qualis contractum perficere ideoque etiam novare possit.

Apud Senecam debitor „plurium nomina facere“ dicitur„ interpositis parariis.“ Jam quid sid „plurium“, controversum est. Equidem ipsos pararios puto. Nam pararios negotio „intercedere“ Sen. ep. 120 constat; quare etiam illorum nomina scripturae inferebantur: sicuti in literarum obligatione aliorum intercedentium (cf. Cic. ad Att. IV, 18, 2). Ipsi enim videntur contrahere. *Plures*] igitur adhibentur, quia *unus* facile corrumpi potest neque uni soli fides habetur.

Simili modo eadem probandi negotii media colligit idem

II. *Seneca de ben. II, 23:* „Quidam nolunt nomina secum fieri, nec interponi pararios, nec signatores advocari, nec chirografum dare: idem faciunt, qui dant operam, ut beneficium in ipsos collatum quam ignotissimum sit. Verentur palam ferre, ut sua potius virtute, quam alieno adjutorio consecuti dicantur.“

Lipsio pro „nolunt“ „volunt“ proponenti minime assentior. „Nomina facere“ hoc quoque loco improprie debitor dicitur. Utroque enim loco *stipulatione* novatio fit, sed in continenti, uno eodemque actu sollemni et publico, stipulatio scripturae traditur. *Mixtus* igitur verborum et literarum contractus quidam formalis illo tempore in usu videretur fuisse, quum nec soli promittenti nec testibus satis *fidei* haberetur: nisi distinguendum esset inter *jus* et *fidem.* De jure enim sola stipulatio idem efficit: reliqua *probandi* causa adjecta sunt. Illa tamen formarum continentia ipsum Theophilum, ut proprium inde literarum contractum definiret, seduxit.

CAP. VI.

Quae negotia literis contrahi potuerint.

---

§. 22. *An donatio expensilatione perfecta fuerit?*

Hassius quidem ex l. 49, 2 de pecul., l. 22, 8 mandati, l. 26 de don. „nudam rationem non facere aliquem debitorem" ideoque „donationem expensilatione non potuisse fieri" colligit: sed de *indebito* (l. 25, 4 de prob. et praes.) in scripturam redacto loci illi loquuntur, et certum est, donationem contractu civili eoque formali, veluti stipulatione, perfectam, *debitum* effecisse; nam de lege Cincia nihil hoc loco dicendum, quum contra regulas juris donationes coarctaverit. Sed etiam expensilatio civile contrahendi genus erat, qua negotium perficiebatur, modo justa causa suberat. Qualem causam donationem fuisse, ea de re Savignius in syst. Pand. legendus est. Legitima enim accessio donatio est et *ordinaria* pecunia, non extraordinaria. In tabulas igitur domesticas referri debebat: quare puto expensilatione donum etiam acquiri potuisse. Cf. Asconii Pediani definitionem extraordinariae pecuniae. Quare expensilatio, tali causa nisa, minime *nuda* est. Certo scriptura, qua contractus perfici nullus poterat, veluti chirografum, ne ex justa quidem causa obligationem efficiebat; sed tunc solum in judicio aliquid probabat, si *contracto* nitebatur negotio. De talibus autem scripturis, non de expensilatione, locos illos disserere: eo certum est, quod *debitor* scripturam illic conficit, non sicuti in expensilatione *creditor*.

Gneistius etiam p. 366 not. 5 l. 26 cit. secundum Hassium intelligi posse existimat; sed studium refutandae sententiae de chirografario contractu ab aliis statutae nimis late eum perduxisse apparet. Namque donationem chirografo nunquam perfectam esse efficit: cuius rei probationes passim, praesertim in Vaticanis fragmentis, exstant.

Nudae igitur rationes illae „cautiones debitorum, indiscrete loquentes" sunt; non nudae forent, si causas, pro quibus conscriptae sunt, specialiter explanarent: cf. l. 25 cit. De nudis igitur *pollicitationibus* sub imagine *debiti* loci illi loquuntur; nec tales pollicitationes vel professiones apud acta actorumve defectum contractus antecedentis reparant, quum unica scriptura, quae contra-

hendi vim habeat, *expensilatio* sit. *Testamentaria* quoque scriptura obligationes parit: ea tamen non *contrahitur*, quamvis damnationis legatum eandem *vim* habeat, *quasi* contractum esset.

Sic apud Plinium ep. X, 3 Voconii mater codicillis liberalitatem certae summae filio se conferre confitetur. Neque ea re donatio satis legitime peracta esse dicitur: sed *emancipandi* insuper fundi erant, antequam quidquam juris ex donatione filius acquireret. Sic in Vat. fragment. §. 268 (cf. Diocl. rescriptum §. 285 eod.) Seius in emancipanda filia, ei se donare fundum, apud acta profitetur, instrumentis donationis (sc. de mancipatione vel traditione) non factis. Neque ex imperfecta donatione illa dominium filia acquirit. *Destinationem* enim potius liberalitatis professio illa, quam effectum rei actae ex rescripto Alexandri §. 266 eod. continet. Hoc autem loco cum Meyerfeldio „professio donationis apud acta fact*a* legendum esse censeo, non cum Bucholtzio „fact*ae*"; donatio enim ibidem non facta, i. e. perfecta, sed destinata demum est.

Supra tamen diximus, sententiam illam „nuda ratio non facit aliquem debitorem" I.Ctorum quidem, qui „classici" dicuntur, tempore ad *debitoris* tantum scripturam pertinuisse; antea autem de *creditoris* expensilatióne idem juris fuisse, et *nudam* creditoris expensilationem neminem debitorem fecisse. Sed nuda *creditoris* ratio expensilatio sine *consensu* praecedenti est, nuda *debitoris* chirografum sine *contractu* praecedenti scriptum. Nunquam enim accepti relatio contractum perficere poterat, quod in expensilatione diversum fuisse vidimus. Hac igitur differentia inter creditoris et debitoris rationes exsistente, diversa in creditore et in debitore auctoritas regulae illius probatur.

Eo etiam, quod expensilatio consensu nititur, *Gansii* objectio refellitur, donationem utriusque contrahentium opera fieri recte dicentis, literarum tamen contractum nudo creditoris facto perfici immerito opinantis.

Neque e *Valerio Maximo VIII, 2, 2* probari potest, donationem literis perfici non potuisse: sed id tantum, donationem illo loco factam „in concreto" irritam esse, quia *turpis* causa et in turpi causa potior possessor est: Paul. l. 8 de condict. ob turp. c. XII, 5; tum quia doli mali exceptio contra eum competit, qui quod mortis causa promissum esse apparet, postquam promissor convaluit, petere audet: Ulp. l. 4, 1 de dol. mal. et met. exc. XLIV, 4; denique legis Cinciae exceptio locum videtur habuisse, quum pellex inter exceptas personas minime recensenda sit: v. Savignium p. 254 sq. Hanc tamen exceptionem contra expensilationem competere non puto: quae quum expensionis imago sit, ita res accipienda est, *quasi* ipsa pecunia *data* esset: certum autem est, datione ex lege Cincia donationem perfici. Quodsi exceptio illa locum habuisset, non tanta judicis sapientia fuisset. Sed

sapienter hic egit in *turpitudine* causae et *dolo* actoris examinando, in stricti juris negotio. Quare privatae actionis *calumniam* compescuisse dicitur; i. e. non quia secundam leges agere et e jure civili condemnationem adversarii impetrare Otacilia non potuisset, sed propter *iniquitates* actioni insitas reum ille absolvit; et ideo profecto sententia posteritati merito traditur, quia aequitas jus strictum superavit, et in eo ipso negotio, quod condicionem nullam admitteret, i. e. in expensilatione, a dolo tamen malo abstinere debere partes tacita quasi mutuae fidei condicione subintelligebantur. Quod mirum in modum convenit cum Cic. de off. III, 14, 60, ubi posteaquam de dolo in expensilatione commisso (tali scilicet, quo causa subjecta vitietur) remedium non fuisse narravit, hisce pergit:

„Nondum enim Aquillius collega et familiaris meus protulerat de dolo malo formulas, in quibus ipsis, quum ex eo quaereretur, quid esset dolus malus? respondebat: quum esset aliud simulatum, aliud actum."

Utroque igitur loco Aquillii, utroque etiam rationis doli mali in stricti juris judiciis habitae mentio fit; ipsa denique doli mali definitio eadem utroque est. Namque sicuti apud Ciceronem, ita apud Valerium quoque aliud simulatur, aliud agitur vel dissimulatur; simulatur enim hoc loco *debiti* praecedens causa, agitur *donatio*, i. e. *in*debitum. Quod ad negotium e capite *doli* vitiandum non sufficit quidem, quum *consensu* partium fiat, et in tali simulatione dissimulatum valere notum sit; sed *mortis causa* donatio quum dissimulata sit, actor quasi ex *praecedenti* debito (in fraudem scilicet rei, quum mors, i. e. tacita obligationis condicio, subsecuta non sit) actionem instituit, ideoque, quamvis ipsis verbis formaque obligationis stricte nitatur, *calumniae* interpositae causa a judice repellitur.

Quodsi omnis donatio literis contracta inutilis fuisset, nihil profecto admirabile Aquillii sententiae inesset.

Gansius analogiam illam inter stipulationem et literarum obligationem merito instituendam in eo deficere recte dicit, quod illa *inter praesentes* fiat, haec etiam *inter absentes*. Donationem igitur literis fieri non posse, quum *consensum* requirat. Sed inter absentes etiam consentiri posse, emptio venditio docet. Et merito Zimmernius haec dicit: „si literarum obligationi consensus non inesset, ne *novari* quidem literis posset; at ad novationem solam Gansius literarum obligationem adhibitam esse putat." Tamen tam Meyerfeldius quam Zimmernius unam objectionem omittunt, qua Gansii opinio plane infirmatur. Concede enim, talem consensum inter absentes fieri non potuisse, qualis ad donandum requireretur; concede, novationem sine consensu fieri potuisse: id solum efficitur, inter *absentes* contractam obligationem literarum donationis causa irritam fuisse; sed inter *praesentes* etiam literis con-

trahi *poterat*, et inter praesentes donationem perfici non potuisse, eius rei nullum plane argumentum Gansius profert.

Ne eo quidem, quod *fictum mutuum* remotam contractus nominum causam fuisse vidimus: *donandi* animo expensum ferri non potuisse efficitur. Quod enim *fingitur*, non eo ipso *simulatur; sed imago* tantum mutui adhibetur, uti in testamento faciendo imago venditionis. Quodsi verum mutuum antecederet: *re* contractum esset, non *literis:* arcarium nomen, non transcripticium esset. Meyerfeldius quidem Gansio concedit, quod in eo consequentiam hic servet, quod, quum ad novandum tantum literis contrahi possit, ne ad donationem quidem expensilationem sufficere dicat: nam si novandi tantum gratia expensum feratur, *debitum* antecedere debere. Sed id ipsum debitum, si concederemus novandi solummodo causa genus illud contrahendi esse adhibitum, nonne per expensilationem, a priore debitore jussu prioris creditoris factam, posset novatione tolli? Quare, etiam si hypothesin Gansio concederemus, unum certe donationis genus, *remissio* scilicet *obligationis,* literis fieri posset.

Postremo id refellendum relinquitur, quod Gansius Gaiana syngrafae definitione differentiam a literarum obligatione significari putat, in eo positam, quod illa etiam ad dandum, i. e. ad donandum apta fuerit, haec minus. Sed secundum omnia quae diximus syngrafa illa ad probandum tantum interponebatur. Et generalem quidem atque incertam illius scripturae notionem inde intelligimus, quod sive debendi causa antecedit sive futura est („debere se aut daturum scribat“) syngrafae obligatio tradi potest.

§. 24. *An novationis tantum gratia literis contrahi potuerit?*

Quaritur, utrum novationis solum gratia an etiam ex mera causa literis contractum sit

I. sive *antecedenti:* i. e. justa causa praecedens, quae jam non in obligationem aut civilem aut naturalem deducta est: l. 1, 1 de novatt. XLVI, 2. Veluti *pactum de contrahendo,* quod *literis* postea in contractum transformatur, non eo contrahendi genere, quod e natura negotii ad producendas actiones perficiendasque obligationes sufficeret. Exempli gratia Canius et Pythius apud Ciceronem loco infra recensendo literis contrahunt, et consensus sufficeret. Quo loco quum de emptione venditione agatur, post disceptationes tam de pretio quam de vendendis rebus finitas, consensus *non sine forma* fit, sed eo, quod jussu emptoris venditor pretium illi expensum fert. — Justa causa *donatio* quoque est, quamvis in obligationum numero non sit.

II. sive *futura:* Excipiendi igitur casus sunt, in quibus obligatio vere condicionalis praecedit; tunc enim expensilatione *novatur:* cf. l. 8, 1 et 2 de novatt. Quam non puram esse, sed

et ipsam condicionalem, nihilominus tamen ratam, l. 77 de R. J. efficitur. Quare futura causa, ad quam accedens expensilatio novandi vim minime habet, haec esse potest:

1. *justa causa in specie,* negotio quoad *rationem,* non quoad *tempus* praecedens; i. e. sine qua contractum non esset; ipsa tamen in obligationem nullo modo deducta erat, quum etiam causa postea demum inciperet esse. Qualis causa futura expensilationi subest, quae apud Ciceronem ad Att. IV, 18, 2 exstat. Quo loco quamvis *turpis* causa sit tantum tamen videtur probari: expensilationem *puram* casu nostro, non condicionalem sicuti praecedenti obligatione, esse. Actus enim legitimus condicionem non recipit, nisi quae antecedenti debito insit: hoc autem loco nullum plane antecedit. Quare etiam priusquam justa causa extiterit, creditor qui expensum tulit *ipso jure* agere potest; item, si causa defecerit: exceptione tamen *doli mali* opposita utroque casu refellitur. Quod ad exemplum stipulationis merito conjici licet. Secus in *condicione:* tunc enim ne agere quidem licet, si condicio defecerit aut etiam pendeat, quum exsistente demum condicione ipsa obligatio nascatur.

2. *juris seu tacita condicio:* veluti dotis causa facta expensilatio ope exceptionis eliditur, si matrimonium postea non insecutum est.

Generaliter igitur in literarum obligatione Ulp. l. 2, 3 de dol. mal. et met. exc. applicamus:

„Proinde et si *crediturus* pecuniam stipulatus est, nec credidit, et si *certa* fuit *causa* stipulationis, quae tamen aut non est secuta, aut finita est, dicendum erit, *nocere exceptionem.*"

Unicum tamen literarum obligationis exemplum a Gaio prolatum, *transcripticium nomen* est, quo semper novatio continetur. Savignius etiam p. 250 sq., non novationis tantum gratia literis contrahi existimans, transcripticium nomen tamquam unicam illius contrahendi generis speciem recenset. Ipse tamen Gaii voculam „veluti" sibi repugnare sentit. Et minus consequenter agere eum apparet, quum postea voculam „veluti" iterum a Gaio allatam sensu vocis „exempli gratia" recte dictam esse concedat. Kellerus quidem in eadem sententia versatur, sed eius definitionem transcripticii nominis, quantum potuimus, supra impugnavimus. Et transcripticium nomen novandi tantum causa fieri potuisse, eo maxime confirmatur, quod *omnia* Gaii exempla novationes continent. Tamen cum viris praeclarae doctrinae persuasum habeo, non novandi tantum gratia literis contractum esse. Sed merito quaeritur, cur non alia etiam exempla ille recensuisset, si aliae ejusdem contractus species fuissent.

Primum igitur dicendum est, Gaii temporibus rarum fuisse rationum domesticarum usum; paucis ideo de expensilatione disserit, multo pluribus de reliquis contrahendi generibus. Nec de

forma expensilationis quidquam adjicit; Romanis enim ex argentariis codicibus qualis esset satis notum esse debebat. Ipsi igitur sufficit, inter contrahendi genera expensilationem recensuisse et a proprietatibus ceterorum contractum distinxisse. Unum tamen definiendum ei erat, quod propter similitudinem formae et aspectus etiam Romani cum literarum obligatione facile confundere potuissent: *arcarium* nomen. Eo igitur quod transcripticium nomen exempli gratia pluribus explicat, et ab arcario infra distinguit, ipsam literarum obligationem optime illustrat et a rei obligatione discernit.

Sed quale Romani ei expensilationi, quae nec transcripticia neque arcaria fuerit, nomen indiderint, in fontibus non exstat. Et Schuelerus quidem p. 35 sqq. „nomen factum" proponit. Sed etiam transcripticium nomen expensilatione *fit*, i. e. perficitur. Quare in *scribendo*, non in faciendo, diversitatem esse: ipsa vox „*transcripticium* nomen" indicat. Cui vox „*factum* nomen" contraria minime videtur esse. Utrumque enim nomen eodem modo fit, scilicet literis; sed hoc *una* scriptura fit, illud scriptura *ultro citroque* facta. Tamen non obstat Schuelero locus Ciceronianus de off. III, 14, a Savignio in suppl. §. 3 not. 1 allatus, quum nomen quidem *fieri* ibidem dicatur, sed transcripticium, quum eo non novetur, minime sit. Fortasse nomen *perscripticium* talem literarum obligationem Romani appellabant. Cf. Cic. pro Rosc. Com. I, 2, ubi „perscribere" genus est, „expensum" autem „ferre" idem videtur significare, quod perscribere. Quare quod transcribitur id omne etiam perscribitur; sed minime vice versa idem dicendum esse, arcarium nomen ostendit. Unde arctiore sensu perscripticium (i. e. perscripticium *tantum*) nomen est, quod *nec* transcripticium *neque* arcarium est, sed quo literis non novandi causa contrahitur: cf. Cic. ad Att. IV, 18, 2:

„Haec pactio, non verbis, sed nominibus et *perscriptionibus*, multorum tabulis quum esse facta diceretur, prolata a Memmio est nominibus inductis auctore Pompejo."

Quo loco pactio *fit*, i. e. *perficitur*, non stipulatione, sed expensilatione, et *multorum* quidem expensilatione. Multi igitur creditores et propter unitatem negotii *correi credendi* sunt. Quos si *alienos a negotio* esse crederes: contractu in illorum codices recepto rationes domesticae nullo modo efficere possent, quanta res familiaris civium esset: cf. Savignium in suppl. §. 3, p. 243, contra Schueleri opinionem pugnantem. Illi autem propter turpem causam, qua contractus ille nititur, adhibiti videntur esse. Quam ob causam veri creditores propriis quidem tabulis expensilationem inferre nolebant (pecunia extraordinaria) sed alii pro iis creditorum munere functi, quam a debitoribus sibi expensam pecuniam ferebant, veris creditoribus acceptam referebant. Et ne postea de *causa tantae* summae inquireretur, qui correi e

natura negotii erant, summam illam in partes diviserunt, et partem quisque expensam tulit, ita ut summa pecuniarum a quovis rationibus illatarum ipsam pecuniam in obligationem deductam efficeret. Jam finge, flagitium illud publico postea delatori in suspicionem venisse. Perquirebat reorum tabulas; nihil in iis perscriptum erat negotii cum sociis facinoris contracti; nec tanta, quantam ille pecuniam promissam esse aliunde cognoverat, alii cui aut expensa lata aut accepta relata inveniri poterat: ita ut neque ipse nec per interpositam personam reus tale quid videretur contraxisse. Qui expensa quidem tulerat acceptave retulerat singula illa, quae interpositae ipsi debebant personae aut ipse illis; multo tamen minores summae erant. Tanta igitur calliditas tum temporis in flagitiosis contractibus adhibebatur, quia Cicero potissimum ex propriis reorum aut ex eorum, quibuscum illi contraxerant, tabulis multos criminum convicerat. Tutissimum tamen erat, per rationes contrahere, ne debitores se debere postea negarent. Qui si *nude solvissent*, pecunia extraordinaria comparatione rei familiaris et rationum probari potuisset. Justa denique causa facilius fingi poterat, si pecunia in *minores* summas divisa per *plurium* codices distribuebatur.

Nec „multos“ illos *argentarios* fuisse verisimile est, tam propter praetorum curam, quam propter publica negotia et officium edendarum rationum. Nam argentarius qui negotium illegitima et flagitiosa causa nisum rationibus intulerat: jure proculdubio in foro mensam exercendi privabatur. Atque illo maxime extraordinariarum pecuniarum tempore praetores curam habere debebant, ne argentariis quis codicibus abuteretur ad perficiendum negotium, quod ne propriis inferret nimis timeret.

„Correos“ autem „*debendi*“ multos illos fuisse, eo refellitur, quod eorum tabulis pactio *facta* esse dicitur: literarum enim obligatio expensilatione fit non accepti relatione.

Unterholznerus in „ziv. Archiv VII p. 51 not 40“ *simulatam* apud Ciceronem causam literis tradi et delegatione transcribi existimat, ne corruptio et extraordinaria pecunia detegatur. Sed nihil hoc modo posse simulari puto. Nam de *veritate* causae et *probatione* in judicio quaeritur, non quod scriptum est quasi verum accipitur; nec praecedentis obligationis mentio fit, sed ἁπλῶς „pactionem literis multorum perfici“ Cicero dicit, minime de transcribendo sed de perscribendo locutus. Et si *debiti* perscripta causa a judice quasi vera acciperetur: ipsius *delegationis* causa ab actore allegari non posset. Quare transcriptum nihil videtur esse, sed interpositis aliorum tabulis et divisione summae instituta tam veros contrahentes quam ipsam summam dissimulatam esse apparet, contrahentes autem partes summae „multis“ illis expensas tulisse. Quodsi qua hoc loco delegatio fit, inter „multos“ et *creditores* pactionis novatio contrahitur: non inter „mul-

tos“ et debitores. Sed horum contractus literarum obligationem *incipit:* quo evincitur, praeter transcriptiones alias etiam literarum obligationes fuisse, *non novandi gratia perfectas.* Similiter apud Cic. de off. III, 14, 58 et 59 nominibus contrahitur:

„Nomina“ (Pythius, non Canius, qui, quum in praecedenti sententia „subjectum“ fuerit, in insequenti expresse repetitur) „facit; negotium conficit.“

Cui contractui mutuae partium contentiones praecedunt, eo finitae, quod tam de rebus vendundis (instructa enim praedia venduntur) quam de pretio conveniunt:

„Incensus Canius cupiditate contendit a Pythio, ut venderet. Gravate ille primo. Quid multa? impetrat. Emit homo cupidus et locuples tanti, quanti Pythius voluit, et emit instructos. Nomina etc. ... Invitat Canius etc. ...“

Usque ad vocam „instructos“ contentiones illae continentur et pactum de contrahendo, non ipse contractus a partibus constituitur: i. e. condiciones tantum legesque venditionis statuuntur. Deinde ipse contractus *perficitur* nominibus, quibus factis demum confectum Cicero negotium esse dicit. Unterholznerus tamen l. c., item Savignius l. c. et in syst. t. V. addit. XIV, 9 *novari* ibidem censent contra Almendingenium in Grolmanni „Magazin t. II p. 180 not. 15; I p. 324 i. f.“ Et certum quidem est, nudo consensu emi vendi, consensum autem loco illo praecessisse. Nam Canius impetrat, ut Pythius *vendat:* ipse *emit* fundos instructos, quanti Pythius voluit. Omnia igitur facta videntur esse; tam venditio quam emptio; tam pretii quam rerum vendundarum definitio. Attamen consensus ille talis erat, ut emptor non se daturum pretium diceret, sed venditorem expensum id ipsum ferre juberet, venditor consensum ipsa expensilatione perficeret. Cum argentario enim contrahitur. Quodsi *novaretur,* Ciceronem non in fine dicturam fuisse censeo: „negotium *conficit.*“ *Unitas* igitur negotii tanta illo loco est, ut consensus de re *vendunda,* de pretio *expenso ferendo* in unum contrahendi genus coalescat, et contractus efficiatur, cum forma juris civilis, de negotio juris gentium. Cf. Ulp. l. 6, 1 de novatt:

„Quum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione, et *in continenti* fecit stipulationem, *unus contractus* est. Idem erit dicendum, et si ante stipulatio facta est, *mox* pecunia numerata sit.“

§. 25. *Pecuniarium solum debitum literis contrahi poterat.*

Expensilatio expensionis imago erat. Qua de causa *mandatum* literis constitui non poterat (cf. l. 6, 3 de elendo). Expensilatio enim *nominibus* semper fiebat, et nomen debiti pecuniarii significatione obvenisse supra vidimus. Et *certa* quidem pecunia esse debebat: Gai. III, 129. Cf. etiam Theophili exemplum, casum proponentis, quo quis alteri centum aureos debeat.

CAP. VII.

De personis, literarum obligationis perficiendae incapacibus.

§. 26. *De peregrinis.*

Quod Gaius de transcripticio nomine dicit, inter Romanos tantum id posse constitui, propter rationem adjectam ad totum literis contrahendi genus pertinere apparet. Ratio enim est: „quia quodammodo juris civilis est *talis* obligatio.“ Jam quid vox „quodammodo“ sibi velit, videamus. Equidem puto, veram fuisse rationem, „quia jus codicum domesticorum peregrinis non competierit“; quo *efficitur,* quum in illum codicem expensa inferentur, expensilationem a peregrinis non potuisse fieri. Sed merito quaeritur, an peregrinus *obligari* possit expensilatione a Romano facta. Quod Nerva quidem negat et ipse Gaius in dubium vocat. Et iniquum profecto esset, si eo genere, quo quis alium sibi obstringere non posset, ipse teneretur. Sed obligatio peregrinorum duobus casibus admittitur:

I. si codex *arcarium* nomen contra eos probat. Iniquum enim esset, si ex ipsa pecuniae numeratione ad eam restituendam non obligarentur; codex igitur hoc casu non contractum *perficit,* sed *scriptura, instrumentum probandi* est, qualia etiam peregrinis producere licet —

II. secundum Sabinum et Cassium, si *novationis* quidem causa, sed *sine delegatione* literis contractum est. Namque non minus hoc casu, quam illo, non codice *obligatur* peregrinus: sed obligatus jam antea erat; et nulla profecto iniquitas in mutanda *formà* et *causa* obligationis conspicitur.

§. 27. *De filiis familias.*

„Filii familias tabulas conficiunt nullas“: Cic. pro M. Cael. 7, 17. Quod ad omnes olim puto pertinuisse, qui in potestate sive dominica sive patria quique in alieno jure sive mancipio sive

manu erant constituti: qui omnes non proprio nomine sed nomine patris familias censu continebantur. Propria enim nulla habebant: quare ubi tabulas conficiebant, aut patris familias aut peculii nomine *(dominica, peculiaris ratio)* agebant.

Eadem igitur causa, quam apud peregrinos valuisse vidimus, filios familiarum, quominus expensilatione alios obstringerent, prohibuisse videtur. Sub iisdem igitur condicionibus aliorum tabulis eos teneri puto.

CAP. VIII.

De lite ex literarum obligatione instituenda.

---

§. 28. *Quid actori, quid reo probandum sit.*

Actor tamquam *monumentum perfecti contractus* proprium codicem domesticum profert (tabulis suis testibus uti: Cic. pro Rosc. Com. I, 1.). *Probandi* tamen debiti vis codici non inest (unde Cic. l. c. „conatur"): *Cic. eod. 2, 5:* „Suum codicem testis loco recitare, arrogantiae est." Fieri enim potest, ut creditor falsum nomen perscripserit.

Cf. tamen *Cic. eod. 4, 13:* „expensum tulisse non dicit, quum tabulas non recitat"; *5, 14*: expensam latam non esse, codices Fannii confirmant." Fundamentum igitur totius actionis erat, quod actor expensum se tulisse confirmaret, sicuti in actione ex re instituta, quod adnumerasse se adlegaret, et in actione ex stipulatu, quod testes produceret. Quare in taciturnitate codicum idem juris est quod in taciturnitate testium: actor qui certum petit a judicio repellitur.

Deinde actor, ubi codicibus prolatis et probata expensilatione lis coepta est, *justam* expensilationi *causam* antecessisse probat. Qua in re haec sunt observanda:

I. *Jussu* debitoris expensum latum esse efficit, veluti prolata epistola expensum ferri jubenti. Sagacissime quidem Savignius pag. 257 not. 1 huc referri conjicit Asconii veterum editionum lectionem ad Cic. in Verr. I, 23: „Sed postquam adsignandis literis reorum ex suis quisque tabulis damnari coepit,... haec vetus consuetudo cessavit." Fortasse enim actor codicem in judicio proferens epistolam illam sigillo adjungebat. Sed de publicis quaestionibus locum agere, ipsa verba docent; itaque publicus delator ceteris instrumentis, quibus actionem instituebat, domesticas etiam rei tabulas adsignare, i. e. obsignatas adjungere solebat. De obsignandi enim more v. supra. *Literae* etiam illo loco non *epistolae* sunt, sed *rationes domesticae*, de quibus solis Asconius disserit.

Quodsi jussus probari nequit, reus prolato codice actionem infirmat, in quo idem debitum acceptum relatum non esse ostendit: arg. a contr. Cic. in Verr. I, 39, 102 i. f.; cf. Cic. pro Rosc. Com. I, 1:

„Quodsi ille suas proferet tabulas, proferet suas quoque Roscius. Erit in illius tabulis hoc nomen: at in huius non erit. Cur potius illius, quam huius credetur? — Scripsisset ille, si non jussu huius expensum tulisset? — Non scripsisset hic, quod sibi expensum ferri jussisset?“

Quare reus illo casu codicem non proferens, fatetur, acceptum se retulisse et expensilationem ipsius jussu factam esse. „Positiva“ igitur, quae dicitur, in ea re litis contestatio posita est, quum actionem reus eiusque fundamentum concedat: cf. Cic. l. c. I, 3.

II. Debitor tamen et consensum et accepti relationem concedere potest, modo infirmet actionem probationibus allatis, ex *nulla injustave causa* contractum perfectum esse: ergo ipsum esse *inanem* (propter *remotam* contractus causam deficientem; veluti apud Val. Max. VIII, 2, 2, ubi *simulata* debiti causa, non *vera* est, et, quae *dissimulatur, turpis* est).

III. Consensum etiam, accepti relationem et justam causam debitor concedere potest: ipsi tamen causae creditor non satisfecit (v. Meyerfeldium pp. 164. 165.), ita ut re non secuta debitori incerti condictio ad liberandum, aut, si jam reus constitutus sit, exceptio doli competat. Ea est literarum obligatio *ob causam* contracta, nam *condicionis* aut *diei* adjectionem pactum illud continere nequit, quum expensilatio legitimus actus sit. Pactum igitur adjectum, quamvis non ipsi expensilationi scriptum insit, quia contractai in continenti adjectum est, eo ipso actionem parit. Actor igitur, qui ex sua parte pactum non implevit, exceptione doli mali repellitur, quamvis contractus justa causa nitatur: justam enim causam, cui ipse non satisfecerit, ad agendum sibi prodesse immerito contendit. His igitur casibus *stipulationem* exceptione doli mali infirmari Ulpianus dicit, cuius verba ad literarum obligationem jure applicamus:

L. 2, 3 de dol. mal. et met. exc.: „Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit; licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est, eum, quum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere. Et si, quum interponeretur, justam causam habuit, tamen nunc nullam idoneam causam habere videtur. — Proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est, nec credidit, et si certa fuit causa stipulationis, quae tamen aut non est secuta, aut finita est, dicendum erit, nocere exceptionem.“

Similiter ergo hae literarum obligationes, quamvis civiliter teneant, inutiles sunt:

1. L. O. sine causa.

2. L. O. cum causa, quae tempore litis contestatae idonea esse desiit (L. O., quae sine causa *videtur* esse).

3. L. O. cum causa futura, quae non est secuta. Unde propria exceptio reo secundum G. IV, 116 nascitur:

„Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur; saepe enim accidit, ut quis *jure civili teneatur*, *sed iniquum sit* eum judicio condemnari: *veluti* stipulatus sim a te *pecuniam credendi causa numeraturus*, *nec numeraverim*; nam eam pecuniam a te peti posse certum est; dare enim te oportet, cum ex stipulatu tenearis; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per *exceptionem doli mali* te defendi debere . . .“ (idem infra: „obligatio pacto convento non tollitur“: cf. l. 27 pr. de pact. 2, 14).

De causa futura hoc loco agi, futurum „numeraturus“ probat; nec quod ibi dicitur ad stipulationem solam pertinere, sed generalem de futuris causis, cuilibet contractui insitis, regulam esse, voce „veluti“ efficitur. Sed haec doli mali exceptio ab illis, quas supra recensui, rei objectionibus eo distingui debet, quod hae ipsam obligationem delent, illa obligationem jure *civili* non tollit. Et quum duobus imprimis modis de dolo malo generaliter excipi possit, aut de non numerata pecunia aut de pacto convento (Kraut. l. c. cap. IX), haec sola, non etiam illa contra *literarum obligationem* exceptio competere potest; illa etiam contra *arcarium* nomen. Literarum enim obligatio *vero* mutuo minime nititur. Sed fieri potest, ut quod mutuum fuerit expensum feratur; qua in re distinguendum est:

a. Expensilatio *non jussu* debitoris, sed debiti causa perscripta: novationem non habet. Ideoque si, quod mutuum Titio dedi, expensum eidem fero: prior obligatio manet et re in judicium deducta, numeratam esse pecuniam, probare debeo.

b. Expensilatio *jussu* debitoris scripta omnimodo novat. — Ideoque si quod mutuum Titio dedi, eidem *consentienti* expensum fero: mutui obligatio extincta est, literarum valet: quare si jussum tantum debitoris probavero, non numeratum esse hic probare debebit. Novatione enim facta non id probandum actori est, quod in condictione mutui, sed id solum, quod in condictione expensi lati effici debet. Similiter etiam stipulatio mutuo nisa sive antea sive postea dato *unum*, i. e. *verborum* contractum efficit secundum Ulp. l. 6, 1 de novatt. Non *numeratione* actor nititur, sed sola *stipulatione*: Pomp. l. 7 eod.

4. L. O. cum causa praeterita, quae finita est.

Jam Salmasius expensilationem contra debitorem fidem facere si accepti relatio cum ea conveniret, recte putavit, cuius auctori-

tatem contra Heraldi opprobria Gundlingius §. 12 restituit: v. Menardi observatt. ad Cic. pro Rosc. Com. p. 224. In eo tamen uno legum quaedam in debitores severitas animadvertenda videtur esse, quod, quamvis, si accepta non retulissent, nisi consensum creditores probassent, non condemnarentur, tamen sola creditoris scriptura in jus vocarentur. Sed existimationis periculum incurrebat creditor, qui mero arbitrio (Cic. pro Rosc. Com. 1, 2), non jussu debitoris, nomen perscriberet indeque pecuniam petere auderet.

§. 29. Codex domesticus medium probandi in omnibus litibus erat.

Commune codicis instituendi et rite perscribendi officium effecit, ut, sicuti contrahendi in literarum obligatione, sic probandi medium in quacunque causa ille esset, tam in civili et pecuniaria quam in crimine pecuniae extraordinariae; indicia idem in reliquis etiam causis tam civilibus quam publicis judici et delatoribus praebere poterat.

Ex Cicerone enim l. l. apparet, infamia eum esse punitum, qui falsam summam intulerit aut qui veram non intulerit: ille creditorem se esse fingens; hic re vera debens, debitum tamen negans. Infamia igitur censores eum afficiebant et ipsos codices condemnabant, cuius tabulae cum exstante pecunia non convenirent (pecunia extraordinaria), i. e. si proxima occasione res iis contra tabularum fidem aut aucta videbatur aut deminuta: Sylvius ad Cic. pro Cluent 30. Quae proxima occasio quamquam lustrum solebat esse, tamen etiam extra lustrum censoribus tabulas exhibendas postulare semper licebat. Et auctore Dionysio libr. IV patres familias in censu ac lustro jurare debebant, sine fraude se tabulas confecisse.

Hoc officio fiebat, ut in quacunque causa pecuniaria reus excipere posset, creditorem non audere tabulas proferre. Namque eo casu creditor ad nullas alias probationes, nedum ad juramentum in litem, admittebatur: Cic. pro Rosc. Com. 1, 4:

„Proh dii immortales! essene quemquam tanta audacia praeditum, qui, quod nomen referre in tabulas timeat, id petere audeat? quod in codicem injuratus referre noluit, id jurare in litem non dubitet? quod sibi probare non possit, id persuadere alteri conetur?"

Idem juris erat, si creditor, expensum se non tulisse, confessus erat: Cic. eod. 2, 5. Neque illatio in adversaria facta ei proderat, nisi justo tempore (i. e. intra mensem) illatio in codicem subsecuta erat. Quare Cicero amentiam eius invehit, qui pecuniam ex adversariis petat. Sed qua de causa iste non admittitur? quia ipse confitetur, in tabulas nomen ab ipso illatum non esse. —

Tabulae igitur duplici in judiciis munere funguntur: contrahendi primum, deinde probandi mediorum. Atque hoc, non etiam illud munus commune iis est cum his „consuetis" probandi mediis: mensae rationibus, chirografi exhibitione, tabularum obsignatione, testium intercessione: Gellius XIV, 2. Gellius enim de arcario nomine disserit. Et quum mensae rationes, chirografum et syngrafa (tabularum obsignatio, v. supra) non semper proferri possint: testes sicuti tabulae *generaliter* in omnibus causis ad probandum adhibentur. Similiter in publica accusatione haec probandi media a Cic. in Verr. actio I, 11, 33 enumerantur: tabulae (primo igitur loco ponuntur), testes, privatae publicaeque literae auctoritatesque. Vox „privatae" hoc loco ad literas referenda est, „publicae" ad auctoritates. Publicae enim literae, a magistratibus aut a publicarum societatum magistris nomine reipublicae societatisve emissae, „auctoritates" vocabantur. Eodem etiam sensu ipsae rationes publicae obveniebant: id. eod. 16, 56 i. f.

Inde quod reum postulare potuisse vidimus, ut actor codicem ad fidem veritatis proferret; *imploratio* posterioris temporis a reo instituenda, ut *instrumenta* actionis actor ederet (qua de re supra disseruimus), originem cepisse videtur. Sed *postulatio* certe edendi ad *rationes* restricta manebat, itaque post interitum domesticarum in argentariis tantum rationibus postea reperitur.

Rei quidem rationes actor *postulare* non poterat, sed qui eas non proferebat suspicionem excitabat, se acceptum retulisse debitum, quod in judicio negaret. In publica tamen quaestione rei tabulae ab accusatoribus *flagitabantur* (Cic. pro Cael. 7, 17) vel *postulabantur* (id. in Verr. I, 23).

§. 30. *De natura actionis ex literarum obligatione natae.*

Quia literarum obligatio non proprium *negotium* erat, non *species* contractus, sicuti emptio venditio, sed *forma* et *genus* contrahendi, qua sicuti stipulatione plurima negotia perfici poterant: non propria actio inde competebat, sed ex causa negotii contracti diversa. Quia certa tamen semper pecunia illo contrahendi genere constituebatur et propria juris civilis forma erat, non praetorii: illa actio naturam certi condictionis (cf. pr. I. de L. O. III, 21. Sav. syst. t. V in addit. XIV in.) semper induebat et ex stricto jure lis decidebatur: Cic. pro Roc. Com. 4, 10. In qua legitimae etiam, i. e. tertiae (vel „cum tertia parte": id. eod. 5, 14) partis sponsiones fiebant; et plus petitio absolutionem rei efficiebat, quod contrarium est in arbitrio, i. e. in judicio bonae fidei. Quare si non *accuratissime* codices perscripti erant: judex secundum eos sententiam ferre non poterat.

Non aeque sollemniter atque ipsa expensilatio jussus debitoris debebat fieri: sed *epistola* debitoris, qua ut expensum ferre-

tur mandabat, a creditore in judicium allata sufficiebat; inter praesentes *testes* plerumque adhibebantur. Et verisimile est, sicuti postea in rationibus argentariorum juris erat, ita in domesticis olim inter contrahentes literas permutatas esse, quibus expensum latum esse acceptumve relatum confiterentur; item mutuum fuisse edendarum literarum officium, si casu quodam codex aut corruptus esset aut interiisset aut amissus esset; eas denique literas, quia ad similitudinem rationis plane expressae essent, „adjecto die et consule“ fieri debuisse, et, esse consensum inter partes, in judicio postea probasse.

Merito tamen Burchardius in „Restitutionslehre p. 294 not. 20“ a Meyerfeldio p. 172 not. o i. f. vituperatur, quod condictionem certi „ex mutuo“ expensilatione nasci dicat. Quamvis enim mutuum remota literarum obligationis causa sit: si *verum* mutuum antecessit, mutui condictio competit, i. e. ex *arcario* nomine. Sed *transcripticium* profecto nomen *aspectum* tantum et *imaginem* mutui praebet, quum credita pecunia sit „quasi“ numerata *esset.* Ex quo igitur capite condicatur, ex justa causa diversum est.

§. 31. *De tabulis eorum, qui non partes in judicio sint.*

Fieri poterat, ut aliorum etiam tabulae contractum negotium probarent, veluti institorum, filiorum familias servorumve, quas patris familias, non peculii, nomine gerebant; item correorum et sociorum; denique eorum, qui aliquo modo negotio contracto intercesserant. In tabulis igitur et in testibus omnis exspectatio judicum posita erat: Cic. in Verr. I, 10, 27. „Si tabulis et testibus“, Cicero exclamat, „fides non habetur, quid igitur in judiciis sequeremur“? Merito igitur falso accusatum eum putabat, contra quem ne singulae quidem tabulae, ne unus quidem testis proferretur; maxime in re, quae tabulis inferri deberet et non secreto fieri soleret: Cic. pro Fontejo 1, 2.

Quo fiebat, ut in publicis quaestionibus, quia crimina testium oculos fugiunt, tabularum frequentissimus usus esset. Intra tempus igitur inquirendi causa accusatori permissum in locum commissi criminis hic se conferebat et omnium, quos aut ipsi crimini interfuisse aut fructus cepisse aut pecunias extraordinarias vel acquisivisse vel dedisse suspicaretur, codices perquirebat. Primum igitur rationes *scrutabatur;* inventas postea *legebat* ad *quaerenda* criminum vestigia; quae ubi reperit, statim illas *obsignabat:* Cic. in Verr. II, 74, 182. Sed ne ab ipso tabulae facile corrumpi possent, lege provisum est, ut triduo ad praetorem deferrentur et judicum signis obsignarentur. Quae quia tricesimo demum die apud Cic. pro Flacco 9, 21 deferuntur: merito Cicero, tali modo delatis tabulis quidquam probari posse negat. Publicanorum tamen tabulae Romam non deportabantur, sed lege in ipso loco

excipiebantur: magistrum igitur ad praetorem eiusdem loci accusator in jus vocabat tabulasque societatis in forum deferebat: Cic. in Verr. II, 76, 187. In ipso deinde foro eas exscribebat, adhibitis de conventu provinciali viris primariis, literis etiam et lituris omnibus ad summam similitudinem expressis. A testibus denique illis exemplum obsignatum Romam accusator deferebat: §. 189 eod.

In omni autem judicio plena probatio consensu integrarum tabularum et „classicorum" testium efficiebatur, et siculi ad testimonium honestissimi tantum viri admittebantur, ita tabulae *viri boni* esse debebant: Cic. in Verr. I, 49, 128; I, 10, 28 i. f.

CAP. IX.

De tempore, per quod literarum obligatio in usu fuerit.

---

§. 32.

Non lege, sed desuetudine literarum obligationi derogatum est: *nomina* enim postea non *fiebant*. Qua de re audi querentem Horatium ep. 2, vv. 103—108:

„Romae dulce diu fuit et sollemne, reclusa
Mane domu vigilare; clienti promere jura;
Cautos nominibus rectis expendere nummos;
Majores audire; minori dicere, per quae
Crescere res posset; minui damnosa libido.
Mutavit mentem populos levis“ rell.

„Cautiones“ hoc loco non esse syngrafas vel chirografa, Senecae verbis efficitur, de *aucto* in diem propter improbitatem et suspectam contrahentium fidem cautionum usu querentis. De *nominibus* potius rectis, quibus cautum sit, Horatius loquitur; illa enim nomina in *codices* inferri debebant. Tamen non de literarum obligatione apud poëtam sermo est, sed de *arcario* nomine, quum de *expendendis* nummis locus ille agat, non de expensis *ferendis*.

Quare non literarum obligatio in odium publicum venit, sed codices, sine quibus illa fieri non poterat. Quorum scribendorum *necessitatem* tam ad censum quam ad jus suffragii olim pertinuisse certum est, sed postea neque aera a civibus in usum publicum esse collata neque in centuriatis comitiis summam potestatem mansisse, sed ad tributa translata esse, quorum origo ad censum non pertinuerit neque ipsa populi in tribus divisio („distributio“) secundum res familiares facta sit. Sed e quo publicae delationes in dies crescebant, Ciceronis maxime tempore, et e domesticis et propriis et aliorum codicibus commissa scelera probabantur (Ascon. Ped. ad Cic. in Verr. I, 23): officium scribendorum *codicum* sensim cessavit; in *stipulatione* potius *scripturas* faciebant, et inter absentes per institores aliosve contrahere malebant. Sed etiam

ipsis rationibus in posterum per argentarios contrahebatur (Sylv. ad Cic. pro Cluent. 30), quum illi negotiis *intercederent*, argentariae autem rationes publicam semper fidem haberent, ideoque ad probandum summi in judiciis commodi essent. Tamen et si ipsi argentarii *principaliter* contraxerint, jussu debitoris expensum ferendo: nullam, ubi apud reliquos cives codicum usus cessaverit, literarum obligationem inde natam esse puto: nam debitoris ratio cum illa comparari non poterat, quum nullam his haberet. Quare de accepto relato disceptatio in judicio nulla poterat fieri; nec quod contrahendi genus ex usu civium evanuit, apud unum ordinem facile remansisse potest. Credi enim nequit, per expensilationem obligari eum, qui ipse alterum expensilatione obligare minime possit (cf. Gaium de peregrinis in literarum obligatione disserentem).

Quod autem Asconius suo tempore obsoletam literarum obligationem esse nobis tradidit: Niebuhrius et postea Madvigius Asconium non ante quartum saeculum vixisse probaverunt. Anno etiam p. Chr. n. 245 *rationum creditoris* mentio fit (c. 6 C. de prob. IV, 19), quamvis ad *probandum* non sufficere recte dicantur. Similiter praecedenti eiusdem anni constitutione de *domesticis instrumentis* agitur. Neutro autem loco per rationes creditorum *contrahitur*. Quare ipsos codices frequentiori literarum obligationis usui superstites fuisse, verisimile est, quum olim quidem rationi creditoris adeo crederetur, ut lis ad judicem transferretur et aequa tantum codicis a reo prolati auctoritate actio infirmaretur, Gallienus vero c. 7 eod. (an. 266) perniciosum exemplo diceret esse, si creditoris codici crederetur. Quocum Senecae querelae de perfidia et diffidentia aetatis suae optime conveniunt, quum fide creditori habenda tota literarum actio nitatur.

Sensim igitur diximus codices domesticos in desuetudinem abiisse. Sed in Digestis, quamvis literarum obligationem compilatores ex fragmentis plerumque sustulerint, *rationum domesticarum* interdum mentio fit. Sic, uti videtur, apud Scaevolam l. 31 de pec. const. XIII, 5, nisi ad argentarios locus referendus est aut „in rationes meas pecunia pervenit“ symbolice dictum est pro „pecuniam accepi.“ Sed Papinianum l. 91, 3 de legat. III de domesticis codicibus disserere certum est; item Scaevolam l. 59 pr. de manum. test. XL, 4.

Gaii temporibus *argentarias* tantum rationes superfuisse multi conjiciunt; sed de argentariis nihil Gaius commemorat. Verum quidem est, Gaium de eo solo literarum obligationis usu disserere, quo bonae fidei actio in stricti juris actionem commutetur, aut delegatio fiat. Quare ad eum solum finem in usu tunc eam fuisse Hanlo concludit: praesertim quum mutuum et stipulatio in Gaiano opere illi proxima sint, itaque, si tunc literarum obligationis usus generalis fuisset, ab his Gaius exempla sumpsisset. Sed qua de

causa transcripticii nominis exemplum I.Ctus sibi elegerit, supra ostendi.

Causae igitur, de quibus literarum obligatio interierit, hae sunt:

I. Desuetudo domesticorum codicum.

II. Institutiones argentariorum in quavis majore imperii urbe factae; ubi autem „majores" argentarii non erant, ibi „minores" argentarii eorum munere fungebantur. Quo fiebat, ut *inter absentes* etiam per argentarios posset contrahi: quod eo etiam commodius erat quam vetus domesticorum codicum mos, quia debita inde orta non *in natura* mitti debebant, sed in ipso loco argentario vel institori solvebantur: hic deinde in loco alterius contrahentis huic tantundem pecuniae expendebat, aut alium illi expendere jubebat. Periculum igitur amittendae pecuniae, sumptus ipsius missionis etc. contrahentibus minuebantur, quum in utroque loco argentarii mensa esset cum sufficienti pecunia aut collega jussu eius expenderet, ita ut nihil pecuniae in natura transferretur. (Supplementum huc pertinet, de argentariis sociis opusculo adjectum). Qua re existimo originem earum personarum contineri, quas vernacula lingua „Wechsler" vocamus: nempe a pecunia in alium locum permutanda.

III. Sed apud argentarios literarum obligatio *proprium* et *civile* contrahendi genus esse desiit: quum jus omne circa argentarios praetorum edictis et principalibus constitutionibus statueretur, ideoque ex argentariis negotiis *praetoriae* actiones darentur, non ut ex transcripticiis nominibus *civiles*. Ex causa igitur negotio subjecta *secundum aequitatem* decidebatur, et plane contractus eius generis erat, cuius subjecta causa: non literarum obligatio. Illatione igitur in argentarium codicem facta *fides* tantum contracti negotii servabatur, novatio autem, certe ex quo domestici codices nulli scribebantur, scripturae *soli* nunquam inerat.

IV. Eo minus Romani literarum obligatione *inter absentes* etiam egebant, quod *constitutum debiti* (Schueler. pp. 83—88) ad confirmandas obligationes antecedentes (l. 3, 1 + 2; l. 18, 1; l. 19 pr. + §. 2 de pec. const. XIII, 5. l. 1, 6—8 eod.) sufficiebat et epistolis fieri poterat; quin etiam sponsionem *dimidiae* partis in ea fieri permittebant, in *credita* pecunia tertiae solum. Gai. IV, 171. Savign. in suppl. l. c. §. 3 p. 244. *Novandi* tamen vis constituto non inerat (l. 28 eod.): quem ad finem inter absentes argentarii interponebantur.

Supplementum.

---

§. 33. *De argentariis sociis.*

Quamquam causas supra attuli, de quibus in *arcariis* nominibus per argentarios contrahendi restituendique mos invaluerit et domesticos codices in desuetudinem vocaverit: tamen de *transcripticiis* etiam nominibus idem probari potest, quum societates inter argentarios diversis maxime locis habitantes inirentur. Quae jam Ciceronis (auctor ad Herennium II, 13, 19) tempore in tantum usum publicum tantamque fidem venerant, ut novando socius argentarius socium obstringeret. Quod ideo videtur invaluisse, ne novatio alteri contrahenti plane inutilis sit. Socius igitur argentarius novando socium obligabat: quo quidem plus effectum est, quam per minores argentarios in aliis locis institutos poterat effici. Per hos enim tam solutiones fieri quam iis recte solvi poterat: ipsis tamen novandi minime facultas erat, maxime quum in pejus argentario novabatur. Quod ipsum in servis mensae praepositis institoribusve argentariorum juris erat.

Singularitas quidem juris Romani est novando socium argentarium a socio obstringi obligationemque plane interire. Tamen quum jure *consuetudinis* (auctor ad Her. l. c.) inducta sit, eius fontem in ipso argentariorum usu publico quaerendum esse puto Argentarii enim, quo magis negotia omnia per ipsos fierent, summam sibi invicem fidem habebant; itaque in societates se conferebant et quasi correalem omnem obligationem futuram, ab ipsis nomine societatis contractam, statuebant. Eo igitur condicio eorum, qui cum illis contrahebant, melior erat quam eorum, qui cum sociis nec argentariis negotia inibant: quod argentarius socius pacto societatis obstrictus erat ad comprobandas obligationum mutationes a socio factas. Et quod expresse paciscebantur initio, id temporis decursu tacita *regula* esse incipiebat: itaque praetor socium argentarium eo ipso quod socius esset teneri praesumebat, nisi contrarium inter se statuissent et publice proposuissent.

Huebelius quidem in diss. inaug. „reus stipulandi etc.“ Lips. 1822 in 4. novandi jus argentarii socii ex regula illa derivat:

„Cui recte solvitur, is etiam novare potest“; sed regula est, quae quum ne Justiniani quidem tempore sine exceptione esset (veluti in servo filiove familias in causa non peculiari), „classicorum“ I.Ctorum tempore primum ponebatur et ad consequentias nonnullas producebatur. Et ipsi quidem loci, quibus recensendis elegantissima dissertatio illa operam impendet, „classicorum“ tempore controversam regulam fuisse demonstraut et Proculianorum studio maxime decisum esse, an et quatenus in *correis* optineat. Sed illo jam tempore quod de correis idem etiam de argentariis sociis quod ad novandi jus attinet I.Cti illi sentiebant. Itaque ante regulam illam argentariorum privilegium invaluit; sed ne postea quidem omnis argentarius cui recte solvebatur, veluti minor argentarius institorve, sed socius solum, novare etiam poterat. *Societatis* **ergo inter argentarios arctius quam inter privatos vinculum causam singularitati praebuit.**

Ceterum quid de correo novante juris sit huc non pertinet; censeo tamen optime ab Huebelio secundum Cuiacium et maxime Folgosium explicatum esse, quorum sententiae etiam Krautius accessit. In iis tantum illum errare puto, quae de argentariis dixit. L. 34 pr. de receptis IV, 8 enim haec statuit:

„Si duo rei sunt, aut credendi, aut debendi, et unus compromiserit, isque vetitus sit petere, aut ne ab eo petatur: videndum est, an si alius petat, vel ab alio petatur, poena committatur. Idem in duobus argentariis, quorum nomina simul eunt. Et fortasse poterimus ita fideiussoribus conjugere, si socii sunt: alias nec a te petitur, nec ego peto, nec meo nomine petitur, licet a te petatur.“

Huebelius multis quidem explicat, argentarios, quorum nomina simul ire hoc loco dicantur, socios esse; verba tamen legis obstant, quae socios argentarios aperte tamquam *speciem* statuit *generis* eorum, quorum nomina simul eant. Audi quidem eundem Paulum l. 9 pr. de pactis haec dicentem:

„Si plures sint, qui eandem actionem habent, unius loco habentur. Ut puta plures sunt rei stipulandi, vel plures argentarii, *quorum nomina simul facta sunt,* unius loco numerabuntur, *quia unum debitum est.*“

Sed apparet, hanc legem respicere tales argentarios, qui *semel* idem debitum contraxerint; illum vero de sociis argentariis, quorum nomina *semper* quasi correalia sint, disserere. Perfecto enim hoc loco J. Ctus utitur: „facta sunt.“ Quo efficitur, de *correis* argentariis lege 9 agi, et vocula „vel“ idem significari, quod alias „veluti“, exemplo a re maxime usitata sumpto. Similiter etiam Cicero de correali obligatione literis plurium contracta agens (ad Att. IX, 18, 2): „pactio“, ait, „multorum tabulis cum *esse facta* diceretur.“

E diverso, lex 34 *simul ire* nomina dicit. I. e. *diriguntur*

eodem tempore contra eundem debitorem plurium obligationes. Creditores argentarii sunt. Distinguendum igitur est, an correis sint aequiparandi, ex *societate* inter eos valente aut non valente. Hoc igitur casu mere „extrinseca“, ut nos dicere solemus, causarum continentia est; illo vero „correorum“ loco plures actores sunt. „Extrinsecum“ ideo actionum concursum finis legis respicit: „alias etc.“; quamvis enim eadem sit persona, nomina tamen ipso jure divisa sunt.

Denique Huebelius ne id quidem satis explicare mihi videtur, quid in l. 34 thesis illa sibi velit: „argentarium socium, in concursu nominum, fidejussori fortasse conjungi posse.“ Voculam quidem „fortasse“ recte inde censet esse adjectam, quod quamvis idem novandi jus consuetudine argentariorum sociorum constitutum sit, quod correorum esse ipsa correalis obligationis natura doceat: diversi tamen inter se correi et argentarii socii sint, et comparatio inde repetenda caute et provide semper accipi debeat, ne ipsa correalis obligationis principia cum societatis contra elegantiam juris misceantur. Sed qua de causa „fidejussorum“ exemplum I. Ctus elegerit, quum de „correis“ in genere supra disseruerit, merito quaeritur. Censeo, quia nulla novandi vis compromisso inest, quo ne exceptio quidem competit. Quare reus quidem solidum alteri solvere debet, sed actionem postea ob poenam compromissi commissam contra creditorem, qui compromisit, instituit, qua actione id ipsum, quod solvit, recuperat. Plerumque enim poena compromissi aequam et justam ipsius debiti aestimationem aequiparabit. Unde qui cum reo compromisit, non ipso quidem jure, *effectu* tamen, negotio „intercessisse“ et debitum videtur suscepisse. Et „fidejussoris“ quidem exemplo Paulus utitur, quia reliquae intercedentium personae non in omnibus obligationum generibus aeque adhibebantur. Gai. III, 119. „Fortasse“ igitur socius ille cum fidejussore comparari potest, quia re vera non fidejussor est, quum non creditoris, sed debitoris causa interveniat, et ne debitorem quidem *ipso jure* aliquid juvet, sed poena solum postea solvenda damnum illius resarciat. —

